00079359

BOMBAY BRANCH

OF THE

Royal Asiatic Society.

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 25 June, 2016

TRAITÉ
DE LA
COMMUNAUTÉ.

TOME I.

TRAITÉ
DE LA
COMMUNAUTÉ,

AUQUEL on a joint un TRAITÉ DE LA PUISSANCE DU MARI sur la personne & les biens de la Femme.

Par l'AUTEUR du Traité des Obligations.

Pothier

TOME I.

0-f-1

A PARIS,
Chez les Freres DEBURE Libraires, Quai des Augustins, à l'Image S. Paul.

A ORLEANS,
Chez la Veuve ROUZEAU-MONTAUT, Imp. du Roi, de l'Evêché, & de l'Université.

M. DCC. LXXIV.

Avec Approbation & Privilege du Roi.

79359

00079359

TABLE
DES ARTICLES,
SECTIONS ET PARAGRAPHES contenus dans le Traité de la Puissance du Mari.

PREMIERE PARTIE.

DE la puissance du Mari sur la personne de la Femme, pag. 2
ARTICLE PRÉLIMINAIRE, ibid.
SEC. I. *Ce que c'est que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin ; sur quoi elle est fondée ; quand la femme commence à en avoir besoin ; & comment elle peut être suppléée*, 5
§. I. *Ce que c'est que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin ; & sur quoi elle est fondée*, ibid.
§. II. *Quand la femme commence-t-elle à avoir besoin d'autorisation*, 9
§. III. *Comment l'autorisation du mari est-elle suppléée par celle du Juge*, 11
SEC. II. *Quelles sont les femmes qui ont*

besoin de l'autorisation de leurs maris ; & quels sont les maris qui peuvent autoriser leurs femmes, 13
ART. I. *Quelles femmes ont besoin de l'autorisation de leurs maris,* ibid.
§. I. *Des femmes séparées de biens,* 14
§. II. *De la femme marchande publique,* 19
§. III. *De la femme dont le mari a perdu l'état civil,* 22
§. IV. *De la femme dont le mari est tombé en démence,* 24
§. V. *De la femme dont on ignore ce qu'est devenu le mari,* 25
§. VI. *De la femme dont le mari passe pour mort dans le public,* 26
ART. II. *Quels maris peuvent autoriser leurs femmes,* 28
SEC. III. *Pour quels actes & pour quelles obligations l'autorisation du mari est-elle nécessaire ; & en quel cas la femme peut-elle ester en jugement sans son mari,* 32
§. I. *Pour quels actes,* ibid.
§. II. *Pour quelles obligations la femme mariée a-t-elle besoin de l'autorisation de son mari ;* 50
§. III. *Du besoin qu'a la femme de l'assistance de son mari pour ester en jugement,* 55
SEC. IV. *Comment & quand doit s'inter-*

poser l'autorisation du mari, 64
§. I. *Comment l'autorisation du mari doit-elle s'interposer dans les actes extrajudiciaires,* 65
§. II. *Quand l'autorisation du mari doit-elle être interposée,* 69
§. III. *De la forme de l'autorisation du mari dans les actes judiciaires,* 73
SEC. V. *Quel est l'effet tant de l'autorisation que du défaut de l'autorisation,* 75

SECONDE PARTIE.

De la puissance du mari sur les biens de la femme, 80

Fin de la Table des Articles.

TABLE
DES MATIERES
Du Traité de la puissance du Mari, *PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.*

A

ABSENT. La femme d'un Absent, dont on n'a aucunes nouvelles, n'est dispensée d'autorisation, *pag.* 25, 26

ALIÉNATION. Femme mariée ne peut faire aucune aliénation sans être autorisée, 33, 34

AUTORISATION du Mari ; sa définition, son fondement, 5

En quoi différe-t-elle de celle d'un tuteur, 6, 7, 8

Est plus qu'un simple consentement, 8, 9

La fiancée a-t-elle besoin d'autorisation, 9, 10

Quelles femmes ont besoin d'autorisation, 2

Absence, démence, Marchande publique, mort, mort civile, séparation.

Mari, quoique mineur, peut autoriser sa femme majeure, 28, 29, 30

Mari mineur peut-il autoriser sa femme mineure ; pour quels actes, 30, 31

Lorsque le mari est majeur, il sert de curateur à sa femme, 31, 32

Pour quels actes la femme a-t-elle besoin d'autorisation, 32 *jusqu'à* 34

En a-t-elle besoin lorsqu'elle s'oblige pour tirer son mari de prison, 35, 36

Quid, Si c'eſt pour s'en tirer elle-même, 37
Autres actes favorables, 38
L'autoriſation eſt-elle néceſſaire dans les actes paſſés entre le mari & la femme, tel qu'eſt un don mutuel, 38, 39, 40
Dans les teſtamens, 40 *juſqu'à* 49
Dans les actes qu'elle fait au nom d'un autre, 50
Pour quelles obligations de la femme marchande l'autoriſation eſt-elle néceſſaire : elle ne l'eſt pas pour celles qui ſe contractent ſans aucun fait de ſa part, 51, 52, 53
Ni pour celles qui naiſſent des délits, 53, 54
Secùs, du dol qu'elle commet en contractant, 54
Forme de l'autoriſation ; doit être ſpéciale ; pour quels actes. L'autoriſation générale ſuffit-elle, 65, 66
Quand l'autoriſation du mari doit-elle être interpoſée, 69, 70
Celle interpoſée depuis, rétablit-elle l'acte, 72
AUTORISATION générale, 65, 66, 67
AUTORISATION du Juge : procédure pour l'obtenir, 12
Son effet, 13
Différence de l'autoriſation pour les actes judiciaires, & de celles pour les extrajudiciaires, 73, 74, 75
Effet de l'autoriſation, 75, 76, 77

B

BAUX. Le mari a droit de faire des baux des héritages propres : deux conditions requiſes pour qu'ils ſoient valables, 88 *juſqu'à* 92

C

CONSENTEMENT du mari n'équivaut pas à autoriſation, 8, 9, 67, 68

D

DÉMENCE. La démence du mari ne dispense pas la femme de se faire autoriser par le Juge, 24, 25
DROITS HONORIFIQUES : le mari a l'exercice de tous ceux attachés aux propres de sa femme, 85, 86, 87

E

ESTER EN JUGEMENT. Femme mariée ne peut ester en jugement sans son mari, 55, 56, 57
Premiere exception, si elle est autorisée par le Juge, 57, 58, 59
Voyez EXCEPTION, à l'égard des femmes séparées : par quelle instance, 59, 60
Doit-on faire une exception pour les Marchandes publiques, 61, 62
Peine par elle faite, ou à elle faite, 62, 63
EXCLUSION de communauté. La clause d'exclusion de communauté ne dispense pas la femme de l'autorisation pour aucuns actes, 19
Elle ne prive en rien le mari de ses droits sur les propres de sa femme, 93

F

FIANCÉE a-t-elle besoin d'autorisation, 9, 10
FRUITS : la puissance du mari lui donne le droit de percevoir tous les fruits des propres de sa femme pendant le mariage, 87

H

HOMME. Le mari est l'homme du Seigneur pour les fiefs de sa femme, 86

HONORIFIQUES. Voyez *Droits honorifiques.*

I

INJURE. Action qu'on a contre la femme pour injures par elle faites ; & de celle qu'elle a pour injures à elle faites, 62, 63, 64

M

MARCHANDE PUBLIQUE. Quelle femme est réputée telle, 20, 21
Pour quels actes est-elle dispensée d'autorisation, 21, 22
Peut-elle ester en jugement sans son mari,
MORT. Certificats de mort donnés par erreur, rendent valable ce que la femme a fait sans autorisation, 26, 27, 28
MORT CIVILE du mari affranchit la femme de sa puissance & du besoin d'autorisation, 22, 23, 24

O

OBLIGATION. Quelles obligations de la femme mariée peuvent être valables sans autorisation. *Voyez* AUTORISATION.
OFFICIAL ; est-il compétent pour autoriser une femme mariée pour procéder devant lui, 12, 13

P

PROPRES DE LA FEMME. La femme en peut perdre la propriété par le fait du mari ; elle peut la perdre par la négligence du mari, 83, 84
PUISSANCE du mari sur la personne de la femme, 1, 2, 3, 4
Premier effet : besoin d'autorisation, 4
Second effet : est censée empêcher d'intenter ses actions, 77, 78, 79

Sur les biens de la femme par le Droit Romain; 80, 81
Par notre Droit Coutumier; distinction entre le sort de communauté & les propres de la femme, 81, 82
Quel est le droit du mari sur les immeubles propres de la femme, 82, 83

Q

QUALITÉ pour la validité de l'acte: il ne suffit pas que la femme ait été autorisée; il faut qu'elle prene par l'acte la qualité d'autorisée, 70, 71
Femme non autorisée, qui prend la qualité de fille ou de veuve, s'oblige-t-elle, 54, 55

R

RACHAT d'une rente propre de la femme fait au mari seul, est-il valable, 92, 93
Femme séparée peut-elle recevoir, sans autorisation, le rachat d'une rente propre, 17, 18

S

SÉPARATION. Quel pouvoir donne à la femme la séparation; & pour quels actes la dispense-t-elle d'autorisation, 14 *jusqu'à* 18
De quel droit prive-t-elle le mari, 94
N'a d'effet, si elle n'a été exécutée, 18, 19
Voyez *Rachat*.

T

TESTAMENT. Femme mariée a-t-elle besoin d'autorisation pour faire son testament, 40 *jusqu'à* 49

Fin de la Table des Matieres.

TRAITÉ

TRAITÉ DE LA PUISSANCE DU MARI SUR LA PERSONNE ET LES BIENS DE LA FEMME.

Le mariage, en formant une société entre le mari & la femme, dont le mari est le chef, donne au mari, en la qualité qu'il a de chef de cette société, un droit de puissance sur la personne de la femme, qui s'étend aussi sur ses biens.

Nous traiterons dans une premiere Partie, de la Puissance qu'il a sur la personne de sa femme; dans la seconde, de celle qu'il a sur ses biens.

PREMIERE PARTIE.

De la Puissance du mari sur la personne de la femme.

Article Préliminaire.

1. La Puiſſance du mari ſur la perſonne de ſa femme, conſiſte, par le droit naturel, dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de ſoumiſſion qui ſont dus à un ſupérieur.

Un de ſes principaux effets, eſt le droit qu'a le mari d'obliger ſa femme à le ſuivre par-tout où il juge à propos d'aller demeurer, ou réſider.

Pourvu néanmoins que ce ne ſoit pas hors le Royaume & en Pays étranger; car ſi le mari, en abjurant ſa patrie, vouloit s'y établir, la femme, qui doit encore plus à ſa patrie qu'à ſon mari, ne ſeroit pas obligée de l'y ſuivre, & d'imiter l'abjuration que ſon mari fait de ſa patrie.

Le Droit civil a beaucoup augmenté la puiſſance du mari ſur la perſonne de ſa femme.

Par l'ancien Droit Romain, la puiſſance qu'un pere de famille avoit ſur la per-

sonne de sa femme, étoit immense ; elle étoit la même que celle qu'il avoit sur ses enfans & sur ses esclaves ; il acquéroit cette puissance de trois différentes manieres, *confarreatione*, *coemptione*, & *usu*. Ceux qui seront curieux de connoître quelles étoient ces différentes manieres d'acquérir cette puissance, & en quoi elle consistoit, peuvent consulter ce que nous en avons écrit sur les Pandectes, au titre *de his qui sui vel al. juris sunt*, n. IX. sur-tout dans les notes, *Et in prætermissis ad hunc titulum.*

2. Nous nous bornerons à traiter de ce en quoi notre Droit municipal fait principalement consister la puissance qu'il donne au mari sur la personne de sa femme.

Nos Coutumes ont mis la femme dans une telle dépendance de son mari, qu'elle ne peut rien faire de valable, & qui ait quelque effet civil, si elle n'a été habilitée & autorisée par lui à le faire.

La Coutume d'Orléans est celle qui s'en explique le mieux : il y est dit, *art.* 194, » femme mariée ne peut donner, aliéner, » disposer, ni aucunement contracter en- » tre-vifs, sans autorité & consentement » de son mari «.

Sur cette autorisation du mari, qui est nécessaire à la femme, nous verrons dans une premiere Section, ce que c'est que cette autorisation ; sur quoi elle est fon-

dée ; & comment elle peut être suppléée : dans une seconde, quelles sont les femmes qui ont besoin de l'autorisation de leur mari ; & quels sont les maris qui peuvent autoriser leurs femmes : dans une troisiéme, dans quels actes l'autorisation est nécessaire ; & en quel cas la femme en est dispensée ; dans une quatrieme, comment & quand doit s'interposer l'autorisation ; enfin, dans une cinquieme Section, nous exposerons l'effet, tant de l'autorisation, que du défaut d'autorisation.

SECTION PREMIERE.

Ce que c'est que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin ; sur quoi elle est fondée ; quand la femme commence à en avoir besoin ; & comment elle peut être suppléée.

§. I.

Ce que c'est que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin ; & sur quoi elle est fondée.

3. On peut définir l'autorisation du mari, qui est nécessaire à la femme, un acte par lequel le mari habilite sa femme pour quelqu'acte, qu'elle ne peut valablement faire que dépendamment de lui.

Le besoin qu'a la femme de cette autorisation de son mari, n'est pas fondé sur la foiblesse de sa raison ; car une femme mariée n'a pas la raison plus foible que les filles & les veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation.

La nécessité de l'autorisation du mari n'est donc fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet pas à sa femme de rien faire que dépendamment de lui.

4. Il suit de ses principes, que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin, est très-différente de l'autorité d'un tuteur, dont le mineur, qui est sous puissance de tuteur, a besoin. Celle-ci n'est requise uniquement qu'en faveur du mineur, pour empêcher qu'il ne soit surpris, & qu'il ne contracte quelqu'engagement préjudiciable à ses intérêts : c'est pourquoi le défaut de cette autorisation ne peut être opposé que par le mineur, ou par ceux qui sont à ses droits, & qui le représentent. Lorsque le mineur juge que le contrat qu'il a fait sans l'autorité de son tuteur, lui est avantageux, il peut en poursuivre l'exécution, sans que ceux avec lesquels il a contracté, puissent lui opposer le défaut de l'autorisation de son tuteur qui n'est pas intervenue au contrat : *Placuit* (dit Justinien au titre des Institutes *de autor. tut.*) *meliorem quidem conditionem licere eis* (*pupillis*) *facere etiam sine tutoris autoritate, deteriorem verò non aliter, quàm cum tutoris autoritate, undè ex quibus causis obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, &c. si tutoris autoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his* (*pupillis*) *contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur.*

Au contraire, l'autorisation du mari, dont la femme a besoin pour contracter valablement, n'étant pas requise en faveur de la femme, mais en faveur du mari, pour maintenir la puissance qu'il a sur sa femme, il n'importe pour la nullité d'un contrat, & autres actes que la femme fait sans être autorisée de son mari, que ces actes soient avantageux ou désavantageux à la femme. C'est ce qui résulte des termes employés par les Coutumes: *Femme mariée ne peut* AUCUNEMENT CONTRACTER. L'Ordonnance des Donations de 1731, reconnoît & suppose ce principe; car quoique l'acceptation que fait une femme mariée, d'une donation pure & simple qui lui est faite, ne puisse que lui être avantageuse, néanmoins elle décide, *art.* 9, que cette acceptation est nulle, si la femme n'est autorisée de son mari pour la faire.

5. De-là naît encore une autre différence entre l'autorité du mari, & celle d'un tuteur; celle-ci n'étant requise qu'en faveur du mineur, la nullité du contrat, que le mineur a fait sans l'autorité de son tuteur, n'est qu'une nullité relative, qui n'a lieu qu'autant que le mineur jugeroit que le contrat lui est désavanta-

geux : c'eſt pourquoi, lorſque le mineur, devenu majeur, l'a approuvé, ſoit expreſſément en le ratifiant, ſoit tacitement en laiſſant paſſer le temps de la reſtitution, ſans s'être pourvu contre, cette approbation purge le vice qui réſultoit du défaut d'autorité du tuteur; & le contrat porte hypotheque de ce jour ſur les biens du mineur, lorſqu'il a été paſſé devant Notaire.

Au contraire, l'autoriſation du mari étant requiſe pour habiliter la femme à contracter, laquelle, tant qu'elle eſt ſous puiſſance de mari, en eſt, ſans cette autoriſation, abſolument incapable; la nullité des contrats & autres actes qu'elle a faits ſans cette autoriſation, eſt une nullité abſolue, qui ne peut être purgée ni couverte par la ratification que la femme feroit de cet acte depuis ſa viduité; cette ratification ne peut donc rendre valable l'acte qui a été fait ſans l'autoriſation de ſon mari; elle ne peut valoir que comme un nouveau contrat, qui ne peut avoir d'effet que du jour qu'elle eſt intervenue.

6. Cette autoriſation n'eſt pas un ſimple conſentement; le contrat auquel le mari auroit donné ſon conſentement, en y

souscrivant, ne sera pas pour cela valable, s'il n'a pas expressément autorisé la femme pour le faire.

§. II.

Quand la femme commence-t-elle à avoir besoin d'autorisation.

7. La puissance qu'a le mari sur la personne de sa femme, étant un effet du mariage, elle ne peut commencer qu'avec le mariage, l'effet ne devant pas précéder sa cause: ce n'est donc que du jour de la Bénédiction nuptiale que la femme passe sous la puissance de son mari, & par conséquent ce n'est que de ce jour que doit commencer le besoin qu'elle a d'autorisation, qui est un effet de cette puissance.

8. Néanmoins quelques Coutumes ont assujetti la femme, aussi-tôt qu'elle est fiancée, à se faire autoriser par son fiancé; telle est la Coutume d'Artois, qui dit en l'article 87: « La femme, dès qu'elle est » fiancée, ne peut contracter, ne dispo- » ser de ses biens par testament, ne au- » trement sans l'autorité de son fiancé. »

Quoique Dumoulin ait traité d'impertinente cette disposition de Coutume;

Hoc ineptum, dit-il en sa note, *cùm possit majus scilicet discedere à sponsalibus*, néanmoins elle doit être suivie dans son territoire.

9. Quoique cette Coutume assujettisse la femme à l'autorisation, *dès qu'elle* est fiancée, néanmoins vis-à-vis de ceux qui ont contracté avec une fiancée, cette incapacité ne peut leur être opposée, que lorsque les fiançailles ont été rendues publiques par la publication des bans; autrement il seroit injuste qu'ils fussent induits en erreur par des fiançailles qu'ils pouvoient ignorer, des fiançailles n'étant pas si publiques que l'est un mariage.

10. Cette puissance donnée au fiancé sur sa fiancée, étant un effet anticipé que cette Coutume donne au futur mariage. c'est une conséquence que lorsque le mariage ne se fait pas, il n'y a pas lieu à cette puissance, & que tout ce que la fiancée a fait sans l'autorité de son fiancé, est valable.

11. Cette disposition de la Coutume d'Artois, qui assujettit les femmes fiancées à la puissance du fiancé, ayant pour objet de régler l'état de ces femmes, est un statut personnel, qui ne peut par conséquent avoir lieu que sur les femmes soumises à son empire, par le domicile

qu'elles ont dans son ressort, lors des fiançailles.

§. III.

Comment l'autorisation du mari est-elle suppléée par celle du Juge.

12. Comme un mari pourroit refuser d'autoriser sa femme pour des actes qu'elle a intérêt de faire; ou pourroit être trop éloigné pour donner cette autorisation aussi promptement que le cas l'exige, nos Coutumes ont pourvu à cela, en permettant, en ce cas, à la femme de se faire autoriser par le Juge, sur le refus, ou pour l'absence de son mari. La femme doit, en ce cas, donner requête au Juge, par laquelle elle expose quel est l'acte pour lequel elle demande à être autorisée; l'absence, ou le refus de son mari de l'autoriser; duquel refus elle fait apparoir par la sommation qu'elle lui en a faite: le Juge, en connoissance de cause, l'autorise par l'ordonnance qu'il met au bas de sa requête. Cette autorisation du Juge est représentative de celle du mari, & y supplée; elle rend la femme habile à faire l'acte pour lequel le Juge l'a autorisée, de même que si elle étoit autorisée par son mari.

13. La seule différence entre l'autorisation du mari & celle du Juge, est que lorsqu'une femme, durant le mariage, a contracté quelque obligation, n'étant autorisée que par le Juge, le créancier ne peut se faire payer, sur les biens de la communauté, tant qu'elle subsiste, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que la communauté auroit profité de l'affaire pour laquelle la femme a contracté l'obligation; sauf à lui à se pourvoir après la dissolution de la communauté, sur les biens de la femme; au lieu que lorsque la femme a été autorisée de son mari pour quelque obligation qu'elle a contractée durant le mariage, le mari ayant approuvé l'obligation, ne peut s'opposer au paiement que le créancier en exige durant la communauté; le mari a seulement droit de prétendre, lors de la dissolution de la communauté, récompense de la somme qui en a été tirée pour l'acquitter, si la dette étoit une dette qui ne concernât que des affaires particulieres à la femme, dont elle eût seule profité, & dont elle fût seule débitrice.

14. Il reste à observer qu'il n'y a qu'un Juge séculier qui puisse accorder cette autorisation. Dénisar en ses Notes sur un

acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 22 Février 1695, rapporte un Arrêt de 1729, qui a déclaré abusive l'ordonnance d'un Official de Séez, seant à Mortagne, par laquelle il avoit autorisé une femme, sur le refus de son mari, à procéder devant lui, sur une demande en réclamation de vœux qui avoit été donnée contre elle, devant lui, par son fils; la raison est que l'autorisation du Juge, qui rend la femme habile, soit à contracter, soit à ester en jugement, concerne l'état civil de sa personne, lequel est entiérement du ressort de la puissance séculiere.

SECTION II.

Quelles sont les femmes qui ont besoin de l'autorisation de leurs maris; & quels sont les maris qui peuvent autoriser leurs femmes.

ARTICLE PREMIER.

Quelles femmes ont besoin de l'autorisation de leurs maris.

Nous traiterons cette question par rapport, 1°. aux femmes séparées de biens; 2°. aux marchandes publiques; 3°. à celles dont le mari a perdu l'état civil;

4°. à celles dont le mari a perdu l'usage de la raison ; 5°. à celles dont on ignore ce qu'est devenu le mari ; 6°. à celles dont le mari passoit pour mort dans le public.

§. I.

Des Femmes séparées de biens.

15. Le besoin qu'a une femme de l'autorisation de son mari, pour les contrats & autres actes qui se présentent dans le commerce de la société civile, ayant son fondement dans la puissance que son mari a sur sa personne, comme nous l'avons vu en la Section précédente ; & non sur la communauté de biens en laquelle elle est avec son mari, on en doit conclure qu'une femme, quoique séparée de biens, soit par son contrat de mariage, soit par une Sentence de séparation intervenue depuis le mariage, ne laisse pas d'avoir besoin de l'autorisation de son mari pour les actes qu'elle fait, sauf pour ceux qui ne concerneroient que la simple administration de ses biens.

C'est pourquoi, la seule différence que la séparation de biens met entre la femme qui est séparée de biens, & celle qui ne l'est pas, par rapport à la nécessité de

l'autorisation, est que la femme qui n'est pas séparée, ne peut faire valablement aucun acte, aucun contrat, quel qu'il soit, sans autorisation de son mari ou du Juge. Au contraire, la femme séparée ayant par sa séparation, le droit d'administrer elle-même ses biens, les Coutumes l'ont dispensée de l'autorisation pour tous les actes qui ne concernent que la simple administration de ses biens.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit en l'*art.* 234 de la Coutume de Paris. » Une femme mariée ne se peut obliger » sans le consentement de son mari, si » elle n'est séparée par effet, ou mar- » chande publique ».

Le sens de cet article est que la femme mariée, qui n'est ni séparée, ni marchande publique, ne peut en aucun cas, par quelqu'acte ou par quelque contrat que ce soit, s'obliger sans le consentement de son mari.

Mais on n'en doit pas conclure que celle qui est séparée, puisse indistinctement, pour quelqu'acte que ce soit, se passer de l'autorisation de son mari ; elle peut s'en passer seulement pour les actes & contrats qui ne concernent que l'administration de ses biens, que la séparation lui donne droit d'administrer.

A l'égard de tous les autres actes, comme seroient les contrats de vente ou d'échange d'un héritage, un emprunt de sommes considérables, l'acceptation ou répudiation d'une succession échue à la femme, & généralement tous les actes qui ne sont pas de simple administration, la femme, quoique séparée, ne peut valablement les faire sans l'autorisation de son mari ou du Juge.

16. La Coutume de Montargis s'est écartée de ces principes : cette Coutume dispense entiérement la femme qui est séparée, de se faire autoriser pour quelques actes que ce soit, de même que si elle étoit à cet égard délivrée de la puissance de son mari ; elle dit au chapitre huit, article six ; « femme séparée, » quant aux biens solemnellement, peut » & lui loist contracter & disposer de ses » biens-meubles & immeubles, ainsi & » en la maniere qu'elle pourroit faire si » elle n'étoit mariée ».

La Coutume de Dunois, *art.* 58, a une semblable disposition.

Notre ancienne Coutume d'Orléans, en l'*art.* 171, avoit la même disposition ; mais il a été retranché lors de la réformation, & on observe aujourd'hui en cette Coutume, de même qu'ailleurs,

que la femme n'est dispensée de l'autorisation, que pour les actes de simple administration. Mornac, *ad L.* 21; *Cod. de procurat.* rapporte un Arrêt rendu en la Coutume d'Orléans, l'an 1586, trois ans après sa réformation, qui a jugé que la femme séparée avoit besoin d'autorisation pour l'aliénation de ses immeubles: il est aussi rapporté par Lalande.

Par la même raison, lorsqu'elle a vendu, étant autorisée de son mari, quelque héritage, dont le prix n'a pas été payé lors du contrat, elle aura encore besoin de l'autorisation de son mari pour en recevoir le prix, lorsque l'acheteur le paiera: car il en doit être fait un emploi auquel le mari a intérêt de veiller.

17. Dans les Coutumes qui admettent le principe, que la séparation ne dispense la femme mariée de l'autorisation que pour les actes d'administration, on a douté si le rachat d'une rente constituée, qui étoit fait à une femme séparée à qui elle étoit due, pouvoit passer pour un acte de pure administration. La raison pour le regarder comme tel, étoit que ce rachat étoit un acte nécessaire; la femme ne pouvoit refuser son consentement; néanmoins, comme il contient l'extinction, & par conséquent l'aliéna-

nation du principal de la rente qui est immeuble, & que le mari a intérêt d'y être appellé, afin de veiller au remploi des deniers pour la sûreté des charges du mariage, auxquelles la femme doit contribuer; il a été jugé que l'autorisation du mari, ou du Juge à son défaut, étoit nécessaire. C'est pourquoi, lorsque le débiteur offre le rachat de la rente à la femme, si elle ne rapporte pas un acte d'autorisation, ce débiteur peut demander pour faire le rachat sûrement, & pour être déchargé des intérêts, que les deniers demeurent en dépôt chez le Notaire, jusqu'à ce que la femme ait rapporté une autorisation.

18. Il reste à observer que pour qu'une femme puisse être regardée comme séparée, & qu'elle puisse en conséquence faire sans autorisation les actes d'administration de ses biens, il ne suffit pas qu'elle ait obtenu une sentence de séparation; il faut que cette sentence ait été mise à exécution, soit par la restitution de la dot, soit par des poursuites pour se la faire restituer, qui soient subsistantes. C'est ce que signifient ces termes de l'*art.* 234, ci-dessus rapportés; *séparée par effet.*

La raison est, qu'une sentence de séparation, lorsqu'elle n'est pas suivie d'exécution, est regardée comme nulle & non-avenue, comme nous le verrons *infrà*, en notre Traité de la Communauté, *n.* 518.

19. La simple clause d'exclusion de la communauté, ne dispense la femme de l'autorisation pour aucun acte ; car cette clause ne prive pas le mari du droit de jouir des biens de sa femme, *ad sustinenda onera matrimonii* ; cette clause n'en laisse pas l'administration à la femme, comme nous le verrons en notre Traité de la Communauté, *n.* 561.

§ II.

De la Femme Marchande publique.

20. La Coutume de Paris, après avoir parlé de la femme séparée, parle aussi de la femme Marchande publique ; elle dit, *art.* 236, « la femme Marchande publi-
» que, se peut obliger sans son mari, tou-
» chant le fait & dépendances de ladite
» marchandise ».

L'*art.* 235 explique ce que la Coutume entend par Marchande publique ;

il y est dit, « la femme n'est réputée
» Marchande publique, pour débiter les
» marchandises dont son mari se mêle;
» mais est réputée Marchande publique,
» quand elle fait marchandise séparée,
» & autre que celle de son mari «.

La femme d'un Marchand, quoiqu'elle aide son mari dans son commerce, n'est donc pas ce que la Coutume entend par une Marchande publique; elle ne peut, de même que tout autre femme, faire valablement en son propre nom aucun acte ni aucun contrat, sans l'autorisation de son mari; & lorsqu'elle débite dans la boutique de son mari, & qu'elle fait quelqu'autres especes de marchés, que son mari est dans l'habitude de lui permettre de faire, ce n'est pas elle qui est censée contracter, elle ne fait que prêter son ministere à son mari, qui est censé contracter par son ministere; elle est en cela semblable à un Facteur ou Fille-de-boutique, lesquels, lorsqu'ils contractent pour leur Maître, ne sont pas censés contracter en leur nom, & ne s'obligent pas; mais obligent leur Maître, qui est censé faire lui-même par leur ministere, les contrats qu'ils font pour lui, & qu'il est dans l'habitude de faire par leur ministere.

Pour qu'une femme soit Marchande publique, & dans le cas de l'article de la Coutume, il faut donc qu'elle fasse publiquement un commerce dont son mari ne se mêle pas, soit que son mari n'en fasse aucun, soit qu'il en fasse un différent de celui de sa femme.

21. La femme Marchande publique peut, sans avoir besoin d'autorisation, faire valablement tous les contrats qui dépendent de son commerce; tels que sont les ventes & les achats des marchandises de son commerce, les achats des ustensiles, les louages des ouvriers & ouvrieres qu'elle emploie pour son commerce, les lettres de change qu'elle donne, qu'elle endosse ou qu'elle accepte pour le fait de son commerce, *&c.*

L'utilité du commerce & la nécessité ont fait dispenser la Marchande publique de l'autorisation pour ces actes; cette femme n'ayant pas toujours son mari à ses côtés, qui puisse l'autoriser pour ces actes, lesquels souvent ne souffrent pas de retardement.

22. La Marchande publique, non-seulement s'oblige elle-même par lesdits contrats, elle oblige aussi son mari, lorsqu'elle est commune, (*étant Mar-*

chande publique, dit l'*art.* 234) *elle s'oblige, & son mari, touchant le fait & dépendance de ladite marchandise*, & même par corps.

La raison est, que l'approbation que le mari est censé donner au commerce que fait sa femme, à son vu & sçu, renferme une approbation de tous les contrats qu'elle fait, qui en dépendent, & une accession de sa part aux obligations qui en naissent.

§. III.

De la Femme dont le Mari a perdu l'état civil.

23. Le besoin qu'ont les femmes de l'autorisation de leurs maris, étant, comme nous l'avons vu, *suprà*, *n.* 2 & 3, un effet civil de la puissance que les maris ont sur elles, il suit de-là, que lorsque le mari a perdu son état civil, par une condamnation à une peine capitale, ayant en ce cas perdu tous les droits qu'il avoit dans la société civile, dont il est retranché, & par conséquent le droit de puissance qu'il avoit sur sa femme quant aux effets civils, la femme

qui est délivrée de cette puissance à cet égard, peut faire tous les actes & contrats qu'elle juge à propos de faire, sans avoir besoin de l'autorisation de son mari, de même que si elle étoit fille ou veuve.

Elle n'a pas non plus besoin de se faire autoriser par le Juge; car cette autorisation n'étant que représentative & supplétive de celle du mari, elle ne peut être nécessaire à une femme qui, étant délivrée de la puissance de son mari quant aux effets civils, n'a plus besoin de l'autorisation de son mari.

24. Lorsque c'est par contumace que le mari a été condamné à une peine capitale, on ne peut contracter sûrement avec la femme, si elle n'est au moins autorisée par le Juge, à défaut de l'autorisation du mari. Il est vrai que si le mari meurt après les cinq ans écoulés depuis l'exécution de la sentence, sans s'être représenté, il est censé avoir perdu l'état civil, du jour de l'exécution de la sentence, & en conséquence tous les actes faits depuis par la femme, quoique sans autorisation, sont valables; mais si le mari est mort dans les cinq ans, ou s'il s'est représenté, ou a été arrêté, la contumace étant en ce cas mise au

néant, & n'ayant eu aucun effet, la femme ne sera pas censée avoir été délivrée de la puissance de son mari, & en conséquence tous les actes par elle faits sans autorisation, seront nuls.

§. IV.

De la Femme dont le Mari est tombé en démence.

25. Lorsqu'un mari est tombé dans un état de démence, cet état étant une infirmité qui peut lui être survenue sans sa faute, ne doit le priver d'aucun de ses droits, ni par conséquent du droit de puissance qu'il a sur sa femme, il en empêche seulement l'exercice ; la femme demeurant donc toujours sous puissance de mari, à défaut de l'autorisation que ce mari ne peut lui donner, elle doit avoir recours à celle du Juge, qui en est représentative.

26. Lorsque dans ce cas la femme est créée curatrice par le Juge, à la personne & aux biens de son mari, sa nomination à cette curatelle renferme nécessairement une autorisation pour administrer, tant les biens de son mari, que les siens.

La

La femme n'a donc pas besoin d'aucune autre autorisation; mais elle ne pourroit, sans une autorisation particuliere du Juge, aliéner quelqu'un de ses héritages, accepter ou répudier une succession qui lui seroit échue, & faire tout autre acte qui excéderoit les bornes d'une administration.

§. V.

De la Femme dont on ignore ce qu'est devenu le mari.

27. Quoiqu'on ignore où est le mari, & qu'il soit incertain s'il est vivant ou mort, la femme doit avoir recours à l'autorisation du Juge, pour suppléer à celle du mari; car ne pouvant pas être délivrée de la puissance de son mari, que par la mort naturelle ou civile de son mari, ni par conséquent recouvrer sans cela, le pouvoir de contracter sans autorisation, qu'elle a perdu en se mariant, elle ne pourroit pas établir la validité des contrats & autres actes qu'elle auroit faits sans autorisation, faute de pouvoir prouver que lorsqu'elle a fait ses actes, son mari étoit mort, & qu'elle avoit le pouvoir de contracter sans autorisation.

Néanmoins, comme il n'est gueres possible que la femme ait recours à l'autorisation du Juge, pour chacun des actes qui sont à faire pour l'administration des biens, tant de son mari que d'elle, j'aurois de la peine à ne pas regarder comme valables, tous les actes & contrats de pure administration, quoique faits sans autorisation : il est pourtant plus sûr que cette femme se fasse autoriser par le Juge, pour cette administration.

§. V I.

De la Femme dont le mari passe pour mort dans le public.

28. Lorsque la femme, & les personnes qui ont contracté avec elle, ont eu un juste sujet de croire que son mari étoit mort, & que la femme avoit en conséquence le pouvoir de contracter sans autorisation ; comme lorsqu'un homme ayant été vu parmi les morts après une bataille, & cru mort, quoiqu'il ne le fût pas, on a donné des certificats en bonne forme de sa mort ; si sur la foi de ces certificats, la femme a fait plusieurs contrats avec plusieurs personnes, sans autorisation, & que le mari ait depuis re-

paru ; je pense qu'en ce ce cas, tant la femme que ceux qui ont contracté avec elle, ayant eu, sur le fondement de ces certificats, un juste sujet d'être persuadés de la mort du mari, & ayant en conséquence contracté de bonne foi, sans l'autorisation qu'on croyoit de bonne foi n'être plus nécessaire, cette bonne foi, tant de la femme que de ceux qui ont contracté avec elle, doit suppléer au défaut de la formalité de l'autorisation, & rendre ces contrats valables : c'est le cas de cette maxime des Interpretes, *error communis facit jus* : lorsque le public a un juste sujet de croire qu'une personne a un état, que dans la vérité elle n'a pas, l'intérêt du commerce de la société civile exige que cette personne puisse faire valablement les mêmes actes qu'elle feroit, si elle avoit véritablement cet état ; autrement l'erreur dans laquelle est le public, sur l'état de cette personne, troubleroit le commerce, & seroit préjudiciable à toutes les personnes qui auroient affaire à elle. Suivant ces principes, dans l'espece proposée, l'erreur dans laquelle étoit le public, sur l'état de la femme qui passoit pour veuve, ayant eu un juste fondement dans les certificats en bonne

forme, qui avoient été donnés de la mort de son mari; tous les actes & contrats que cette femme, qui passoit pour veuve, quoiqu'elle ne le fût pas, a faits sans autorisation, sont aussi valables, que si elle eût été effectivement veuve. Voyez Barthole & les autres Docteurs; *ad L. Barbarius Philippus*, ff. *de Off. Prætoris.*

ARTICLE II.

Quels maris peuvent autoriser leurs femmes?

29. Un mari, quoique mineur, a le droit de puissance maritale sur la personne de sa femme, quoiqu'elle soit majeure; d'où il suit qu'un mari, quoique mineur, a le pouvoir d'autoriser sa femme, soit qu'elle soit mineure, soit qu'elle soit majeure, ce pouvoir étant un effet & une dépendance de la puissance qu'il a sur elle.

30. Un mari mineur, quoiqu'il n'ait pas le pouvoir d'aliéner ses propres biens-immeubles, a néanmoins le pouvoir d'autoriser sa femme majeure pour l'aliénation de ses immeubles.

La femme, comme majeure, étant capable par elle-même d'aliéner ses im-

meubles, & n'ayant besoin pour le faire valablement, que de l'autorisation de son mari, l'aliénation qu'elle en fait, autorisée de son mari quoique mineur, est valable, & elle ne peut se faire restituer contre.

Mais si le mari mineur souffre quelque préjudice de l'autorisation qu'il a donnée pour l'aliénation de l'immeuble de sa femme, n'ayant pas reçu l'équivalent de la jouissance de cet immeuble dont sa communauté est privée par l'aliénation qui en a été faite, les mineurs étant restituables contre tous les actes qu'ils font, qui sont préjudiciables à leurs intérêts; ce mari mineur peut prendre des lettres de rescision contre l'autorisation qu'il a donnée à sa femme pour cette aliénation, & cette autorisation étant rescindée & annullée, l'aliénation que la femme a faite, se trouvant par ce moyen destituée d'autorisation, deviendra nulle; rien de ce qu'une femme mariée fait, ne pouvant être valable sans autorisation.

Lorsqu'un mari mineur ne souffre aucun préjudice de l'autorisation qu'il a donnée pour l'aliénation d'un héritage de sa femme, comme lorsqu'il a autorisé sa femme majeure pour faire à quel-

qu'un donation entre-vifs de son héritage propre, avec rétention d'usufruit, l'acte ne peut recevoir d'atteinte, ni de la part de la femme, ni de la part du mari. Il ne le peut de la part de la femme, puisqu'étant majeure, elle est très-capable de disposer de ses héritages par donation entre-vifs, de même qu'à tout autre titre, pourvu qu'elle soit autorisée de son mari.

L'acte ne peut pareillement recevoir d'atteinte de la part du mari; car au moyen de la rétention de l'usufruit, la jouissance de l'héritage devant toujours tomber dans sa communauté, tant qu'elle durera, il ne souffre aucun préjudice de l'autorisation qu'il a donnée à sa femme pour faire la donation, & il ne peut par conséquent être recevable à se pourvoir contre son autorisation.

31. Lorsque la femme est mineure, le mari qui est aussi mineur, peut bien l'autoriser pour les actes pour lesquels les mineurs émancipés n'ont pas besoin de curateur, tels que sont tous les actes de simple administration; mais il ne peut lui tenir lieu de curateur, pour les actes pour lesquels les mineurs émancipés ont besoin d'un curateur, tels que sont ceux qui concernent le fonds de quel-

qu'un de leurs immeubles : par exemple, il ne suffit pas que le mari, lorsqu'il est mineur, ait été assigné avec sa femme, sur une demande en licitation, ou sur une demande en retrait donnée contre sa femme, & qu'il soit partie avec elle dans l'instance ; il faut que la femme soit en outre assistée d'un curateur pour y défendre.

Lorsque le mari est majeur, il peut tenir lieu à sa femme de curateur.

32. A l'égard des actes que les mineurs ne peuvent faire valablement, même avec un curateur ; un mari, quoique majeur, ne peut les rendre valables en autorisant sa femme mineure pour les faire.

Par exemple, l'aliénation volontaire que la femme mineure auroit faite de quelqu'un de ses immeubles, ne laisseroit pas d'être nulle, quoiqu'elle eût été autorisée par son mari mineur : l'autorisation du mari n'est pas néanmoins en ce cas tout-à-fait inutile ; car l'incapacité qui résulte de la minorité de la femme pour les aliénations volontaires de ses immeubles, n'étant qu'une incapacité relative, qui n'est établie qu'en faveur de la mineure, la nullité des aliénations volontaires de ses immeubles,

que la femme mineure a faite, avec l'autorisation de son mari, n'est qu'une nullité relative, qui donne seulement à la femme le droit de se pourvoir contre, & qui cesse par l'approbation que la femme, devenue majeure, donne à ces actes, soit expressément, soit tacitement, en laissant passer le temps dans lequel elle doit se pourvoir contre; au contraire, l'incapacité en laquelle est une femme mariée, de rien faire sans autorisation, étant une incapacité absolue, la nullité des actes qu'elle fait sans autorisation, est une nullité absolue; ces actes ne peuvent jamais devenir valables, & il n'est pas besoin de se pourvoir contre.

SECTION III.

Pour quels actes, & pour quelles obligations l'autorisation du mari est-elle nécessaire; & en quels cas la femme peut-elle ester en jugement sans son mari.

§. I.

Pour quels actes.

33. L'article de la Coutume cité ci-

deffus, dit : *femme mariée ne peut donner, aliéner, ni aucunement contracter, &c.*

Ces termes, *ne peut aliéner*, comprennent les aliénations de meubles, auffi-bien que les aliénations d'immeubles; les aliénations néceffaires, auffi-bien que les volontaires. Une femme mariée ne peut donc, fans autorifation, recevoir valablement le paiement des fommes ou chofes qui lui font dues; car le paiement qui eft fait à un créancier, renferme une aliénation de fa créance.

Lorfque la femme paie, fans autorifation, ce qu'elle doit, le paiement pourroit paroître, felon la fubtilité du Droit, n'être pas valable, parce qu'un paiement eft une aliénation des chofes payées; néanmoins lorfque la dette n'eft pas conteftée, & que le terme de paiement eft venu, on doit, pour éviter le circuit d'actions, déclarer valable le paiement qui en a été fait par la femme, quoique fans autorifation. Cela fur-tout doit avoir lieu, lorfque le créancier a dépenfé de bonne foi les deniers qui lui ont été payés; *Arg.* L. 9, §. 2, ff. *de auth. tut.*

Il fuit auffi de-là, qu'une femme mariée ne peut, fans autorifation, répudier une fucceffion qui lui eft déférée; car

cette répudiation seroit une espece d'aliénation du droit qui lui est déféré.

Elle ne peut aussi, sans l'autorisation de son mari ou du Juge, accepter une succession, ni expressément, ni en faisant ce qui passe pour être acte d'héritier; car l'acceptation d'une succession renferme une obligation que l'héritier contracte envers les créanciers & légataires de la succession; la femme n'étant pas capable de contracter une obligation sans autorisation, ne peut par conséquent accepter une succession sans autorisation.

34. Par ces termes, *ne aucunement contracter*, la Coutume déclare nuls tous les contrats que la femme fait sans autorisation, soit qu'ils lui soient préjudiciables, soit même qu'ils lui soient avantageux; elle ne peut pas plus obliger les autres envers elle, que s'obliger envers les autres. L'Ordonnance de 1731 a confirmé ces principes, en déclarant qu'une femme mariée ne pouvoit, sans autorisation, accepter valablement une donation qui lui étoit faite; comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 4.

35. Outre les exceptions que souffrent ces principes, à l'égard des femmes séparées & des femmes Marchandes publi-

ques, que nous avons rapportées en la section précédente ; les Auteurs qui ont traité de cette matiere, ont coutume d'en apporter encore quelqu'autres. Ils ont coutume d'excepter de la nécessité de l'autorisation, le contrat fait par une femme pour retirer son mari de prison : cette opinion est fondée sur un Arrêt du 27 Août 1564, rendu *consultis Classibus*, dans l'espece duquel le mari prisonnier, ayant passé procuration à sa femme pour vendre une métairie, à l'effet d'employer le prix à satisfaire le créancier qui le retenoit en prison, & ayant omis par la procuration d'autoriser sa femme ; la femme qui avoit vendu la métairie, & employé le prix à délivrer son mari de prison, ayant été depuis poursuivie en garantie par l'acheteur qui souffroit éviction, ayant opposé à l'acheteur, contre son obligation de garantie, le défaut d'autorisation, & ayant même pris des lettres de rescision, en fut déboutée par l'Arrêt.

37. Lebrun qui rapporte cet Arrêt, fait trois observations : il observe, 1° que le sentiment du Barreau est de restreindre cette exception, au cas auquel le mari n'auroit pu être retiré autrement de prison, y étant retenu pour une dette

pour laquelle un débiteur n'est pas admis au bénéfice de cession.

La Coutume de Normandie qui approuve non-seulement l'obligation de la femme, mais même la vente de ses héritages dotaux pour rédimer son mari de prison, *art.* 541, dit : *pour rédimer son mari de prison, de guerre, ou de cause non civile.*

38. Une seconde observation que fait Lebrun, est qu'une femme peut bien être dispensée d'autorisation dans un contrat fait pour délivrer de prison son mari qui y est constitué; mais qu'il en est autrement, lorsque le contrat n'est fait que pour empêcher qu'il y soit constitué. Arrêt rapporté par Soefve, du 23 Mai 1653, *tit.* 1, *Cent.* 4, 40.

39. Il fait une troisieme observation, qui est, que même lorsqu'il s'agit de retirer de prison le mari qui est déja constitué, la femme lorsqu'elle est mineure, ne peut s'obliger sans l'autorisation du Juge. Dufresne, *tom.* 1 *de son Journal*, *liv.* 6, *ch.* 15, sur la fin, dit que M. Talon en faisoit une maxime.

40. Quelques Auteurs ont aussi pensé que la femme mariée pouvant contracter sans autorisation pour retirer son mari de prison, elle le pouvoit aussi pour

s'en retirer elle même, lorsqu'elle y étoit constituée pour stellionat.

Lebrun est d'avis contraire ; il dit, que si le défaut d'autorisation n'est pas considéré, lorsqu'une femme a contracté pour délivrer son mari de prison, c'est par une raison qui est particuliere au mari, qui est que la nécessité de l'autorisation ayant été établie en faveur du mari, elle ne doit pas être rétorquée contre lui, dans une occasion aussi importante ; cette raison n'ayant pas d'application à la femme, elle ne doit pas être dispensée d'autorisation ; lorsqu'elle contracte pour se délivrer de prison, puisqu'il ne tient qu'à elle d'avoir recours à l'autorisation du Juge, lorsque son mari lui refuse la sienne.

Mais lorsqu'une femme mariée, Marchande publique, a été constituée prisonniere pour fait de son commerce, Lebrun convient que le contrat qu'elle fait avec le créancier qui la retient en prison, pour en sortir, est valable sans autorisation : car il est du nombre des contrats relatifs à son commerce, pour lesquels nous avons vu que la femme Marchande publique n'avoit pas besoin d'autorisation.

41. Outre le cas auquel la femme a

contracté sans autorisation pour retirer son mari de prison, les Arrêts ont passé quelquefois par-dessus la formalité de l'autorisation, dans des cas qui leur ont paru favorables. Mornac, *ad* L. 2 ff. *ad S. C. Vell.* & Chenu, *q.* 116, rapportent un Arrêt du 12 Avril 1595, qui a déclaré valable un contrat par lequel une femme, en l'absence de son mari, avoit, sans autorisation, constitué une dot modique à sa fille. L'Annotateur de Lebrun en rapporte un autre du 13 Mars 1651, qui a pareillement déclaré valable un contrat de dotation, fait par une femme non autorisée, pour l'entrée en Religion de sa fille. Ces Arrêts ne doivent pas être tirés à conséquence : une femme doit, dans ce cas, avoir recours à l'autorisation du Juge, lorsqu'elle ne peut avoir celle de son mari.

42. Ricard, Lebrun & d'autres Auteurs exceptent encore de la nécessité de l'autorisation, les contrats qui interviennent durant le mariage, entre le mari & la femme, tels que sont les dons mutuels. Les moyens sur lesquels ils fondent leur opinion, ne me paroissent pas solides ; ils disent,

1°. Que le besoin qu'a la femme de l'autorisation du mari, étant un droit

établi en faveur du mari, on ne doit pas le rétorquer contre lui, & opposer le défaut d'autorisation contre des contrats de sa femme, lorsqu'il a intérêt qu'ils soient valables.

Ce principe est démenti par l'Ordonnance de 1731, *art.* 9, qui déclare nulles les donations que la femme a acceptées sans être autorisée, soit que la femme soit commune, soit qu'elle soit séparée, quoique le mari, lorsque la femme est commune, ait intérêt qu'elles soient valables, puisque sa communauté en profiteroit.

Ils disent, 2°. que le mari ne peut autoriser sa femme dans un contrat qui intervient entr'elle & lui : *cùm nemo possit author esse in rem suam* ; la Coutume en permettant expressément le don mutuel entre mari & femme, pour lequel, dit-on, le mari ne peut autoriser sa femme, il dispense tacitement cet acte de l'autorisation.

Cette secondre raison n'est pas bonne : si un tuteur ne peut pas être *author in rem suam*, c'est que l'autorité du tuteur étant requise pour veiller à l'intérêt du mineur, un tuteur n'est pas propre à autoriser son mineur pour des contrats dans lesquels le tuteur a un intérêt con-

traire à celui du mineur, ce qui ne reçoit aucune application à l'autorisation du mari, qui n'intervient pas pour qu'il veille aux intérêts de la femme, qui est capable d'y veiller par elle-même; mais pour habiliter sa femme à contracter: or il peut également l'habiliter pour un contrat qui intervient entre lui & sa femme, comme pour des contrats que sa femme fait avec des tiers; c'est pourquoi, nonobstant l'avis de ces Auteurs, il est plus sûr que le mari autorise sa femme dans les contrats qui interviennent entre lui & elle. Auzanet rapporte un Arrêt du 28 Août 1635, qui a déclaré nul contre le mari un don mutuel, faute d'autorisation de la femme.

43. De droit commun, la femme n'a besoin d'autorisation, que pour les actes entre-vifs; elle n'en a pas besoin pour des dispositions testamentaires. C'est ce qui résulte de ces termes de la Coutume, *ne peut contracter* ENTRE-VIFS; lesquels restreignent formellement la nécessité de l'autorisation aux actes ENTRE-VIFS; d'où il suit qu'elle n'est point requise pour les dispositions testamentaires. La raison est, 1°. qu'il est de la nature de ces dispositions d'être l'ouvrage de la volonté seule du testateur,

sans que celle d'aucune autre personne y doive influer ; 2°. que les testamens étant la derniere volonté dans laquelle meurt le testateur, ils n'ont leur *être* qu'au temps de la mort du testateur, temps auquel cesse la puissance que le mari avoit sur la personne de sa femme, & auquel doit par conséquent cesser la nécessité de l'autorisation.

44. Il y a néanmoins quelques Coutumes qui assujettissent la femme mariée à l'autorisation, même pour ses dispositions testamentaires; telles sont celles de Nivernois, Bourbonnois, Bourgogne, Normandie, *&c.*

La disposition de ces Coutumes ayant pour objet de régler l'état de la personne mariée, & l'étendue de la dépendance en laquelle elle est de son mari, doit être regardée comme un statut personnel, & elle ne peut en conséquence, suivant la nature des statuts personnels, exercer son empire que sur les personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans son ressort : c'est pourquoi une femme mariée qui a son domicile sous une Coutume qui n'exige pas l'autorisation, peut, sans autorisation, disposer par testament de tous ses biens, même de ceux situés sous les Coutumes qui l'exigent.

Vice versâ, Une femme mariée, domiciliée sous une Coutume qui exige l'autorisation du mari pour le testament des femmes mariées, ne peut, sans cette autorisation, disposer par testament, même de ceux de ses biens qui sont situés sous des Coutumes qui ne l'exigent pas, suivant la nature des statuts personnels, qui exercent leur empire sur les personnes qui y sont sujettes, par rapport à tous les biens, quelque part où ils soient situés.

45. Si une femme domiciliée sous une Coutume qui requiert l'autorisation du mari pour les testamens des femmes mariées, a fait son testament sans autorisation, le vice en seroit-il purgé par la translation de domicile des conjoints sous une Coutume qui ne demande pas l'autorisation? La raison de douter est, que le testament ne recevant sa perfection qu'au temps de la mort du testateur, il semble que pour que le testament de cette femme soit valable, il suffit qu'elle ait été au temps de sa mort, capable de le faire sans l'autorisation de son mari. La Loi 1, §. 8, *de bon. posses. sec. tab.* décide au contraire, que pour qu'un testament soit valable, il faut que le testateur ait eu la capacité de tester, aussi-

bien au temps de la confection du testament qu'au temps de sa mort : *exigit prætor ut is cujus bonorum possessio (secundùm tabulas) datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & quo testamentum fecit, & quo moritur:* La raison est, que le principe que les testamens reçoivent leur perfection, lors de la mort du testateur, suppose qu'il y a un testament qui a précédé la mort, auquel la mort donne la perfection qui lui manquoit ; sçavoir, l'irrévocabilité, & la force de donner un droit aux personnes, au profit de qui les dispositions sont faites ; mais la mort du testateur ne peut donner cette perfection à un acte nul, par l'incapacité en laquelle étoit de le faire la personne qui l'a fait ; un acte nul ne pouvant pas être perfectionné, le néant n'étant pas susceptible de perfection : la femme, dans cette espece, ayant donc été incapable de faire le testament qu'elle a fait, faute de l'autorisation que la loi à laquelle elle étoit alors sujette, exigeoit, sa mort ne peut le confirmer.

46. Lorsque la femme mariée a fait son testament, sans autorisation, dans un temps auquel elle n'en avoit pas besoin, étant alors domiciliée sous une Coutu-

me qui ne l'exige pas, sera-t-il valable, si au temps de sa mort elle se trouve domiciliée sous une Coutume qui l'exige ?

Il semble qu'il ne le peut être; car la Loi, ci-dessus rapportée, exige dans le testateur, la capacité de tester au temps de sa mort. La raison est, que les testamens étant les dernieres volontés dans lesquelles meurt le testateur, & ne recevant par conséquent leur perfection, qu'au temps de la mort du testateur, il est nécessaire, pour qu'un testament soit valable, que le testateur soit, lors de sa mort, capable de tester; or, dit-on, cette femme qui se trouve, lors de sa mort, sujette à une Coutume qui demande l'autorisation du mari pour les testamens des femmes mariées, n'ayant point été autorisée pour faire le sien, se trouve, lors de la mort, incapable de tester; ces Coutumes ne réputant les femmes capables de tester, que lorsqu'elles sont, par leurs maris, habilitées & autorisées.

Contre le principe, que pour qu'un testament soit valable, il faut que le testateur ait eu, lors de sa mort, la capacité de tester, on opposera peut-être ce qui est dit en la Loi 20, §. 4, ff. *qui testam.* qui décide que le testament d'un fou, qu'il a fait avant qu'il fût devenu

fou, est valable ; d'où on conclut qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'un testament soit valable, que le testateur ait été, au temps de sa mort, capable de tester, puisque le testament d'un homme qui meurt fou, est valable, quoiqu'un fou soit incapable de tester.

La réponse est, qu'on doit faire une grande différence entre un empêchement de fait à la confection du testament, & une incapacité de droit de tester qui résulte de l'état de la personne ; la folie ne forme qu'un empêchement de fait : un pere de famille fou, a, par son état de pere de famille, le droit & la capacité de tester ; la folie n'est qu'un empêchement de fait qui l'empêche de pouvoir user de son droit : cet empêchement, de même que tous les autres empêchemens de fait à la confection d'un testament, ne sont d'aucune considération, hors le temps de cette confection ; mais l'empêchement de tester en laquelle est, dans ces Coutumes, une femme mariée qui n'est pas autorisée de son mari, est une incapacité de droit qui résulte de son état de femme sous puissance de mari, qui la rend inhabile, si elle n'est habilitée & rendue capable par l'autorisation de son ma-

ri : cette capacité de droit doit se trouver dans la personne de la testatrice, au temps de sa mort ; le testament qui ne reçoit sa perfection qu'au temps de la mort, ne pouvant pas la recevoir dans un temps auquel la testatrice seroit incapable de tester.

On répond mieux, en convenant du principe, que pour qu'un testament soit valable, le testateur doit avoir la capacité, c'est-à-dire, le droit de tester ; mais en soutenant que dans l'espece proposée, la femme avoit, lors de sa mort, le droit de tester ; il est vrai que la Coutume à laquelle elle étoit sujette, lors de sa mort, appose au droit de tester qu'ont les femmes mariées, la condition de se faire autoriser de leurs maris pour faire leur testament ; parce que ces Coutumes ne leur permettent pas de rien faire, pas même un testament, sans l'autorisation de leurs maris ; mais cette condition, qui concerne plutôt la confection du testament, que le droit de disposer par testament, ne doit être requise & ne doit être considérée que lors de la confection du testament ; la femme, dans notre espece, n'ayant pas été lors de la confection de son testament, sujette à une Coutume qui demandât l'au-

torisation du mari, il a été fait valablement, & rien n'empêche qu'il ne puisse être confirmé par la mort de cette femme, qui a, lors de sa mort, le droit de tester. Un testament qui a été fait valablement, lors de sa confection, est confirmé par la mort du testateur, sans qu'il soit besoin qu'il intervienne pour cela aucun fait confirmatif de la part du testateur; il suffit qu'il ne soit pas intervenu aucun fait contraire, c'est-à dire, qu'il ne l'ait pas révoqué; or l'autorisation du mari n'est requise que pour ce que *fait* la femme; il n'est donc pas besoin d'autorisation, pour que la mort de la femme, dans notre espece, confirme le testament.

C'est une question entiérement semblable à la précédente; si dans les Coutumes qui demandent l'autorisation du mari, pour les testamens des femmes mariées, le testament qu'une fille a fait avant son mariage, a besoin d'être confirmé par un acte fait avec l'autorisation de son mari.

47. Dans les Coutumes qui demandent l'autorisation du mari pour le testament des femmes mariées, une femme qui a fait un testament avec l'autorisation de son mari, a-t-elle besoin de son auto-

risation pour le révoquer. Je ne la crois pas nécessaire : il est de l'essence des dispositions testamentaires, qu'elles soient la derniere volonté dans laquelle meurt le testateur ; il suffit donc qu'il paroisse, de quelque maniere que ce soit, que cette femme a changé de volonté à l'égard de ses dispositions testamentaires, pour qu'elles ne puissent être valables ; or l'acte par lequel elle les a révoquées, fait suffisamment connoître son changement de volonté, quoiqu'elle ne se soit pas fait autoriser, pour le faire.

C'est mal-à-propos que Guy-Pape oppose la regle de Droit : *quæque dissolvuntur eodem modo quo colligata sunt ;* cette regle qui suppose un lien déja formé, ne peut recevoir d'application aux dispositions testamentaires, qui ne peuvent avoir aucun effet, jusqu'à ce qu'elles aient été confirmées par la mort du testateur qui meurt dans la même volonté.

En vain aussi opposeroit-on, que *prius testamentum non rumpitur nisi per posterius æquè perfectum*, car c'étoit une subtilité du Droit Romain ; & quoique le testament ne fût pas rompu, quant à la subtilité du Droit, ceux au profit de qui les dispositions qu'il contenoit, étoient

faites

faites, ne pouvoient en profiter contre la volonté du testateur : *his velut indignis auferebatur sive hereditas sive legatum* ; L. 12, ff. *de his quæ ut indig.* L. 4, *Cod. d. tit.* Ajoutez que dans nos Coutumes, nos testamens ne sont que ce qu'étoient les codicilles d'un intestat, qui se révoquoient *nudâ voluntate.*

48. Ce qui a été dit des testamens, ne doit pas être étendu aux contrats dont l'exécution est différée après la mort de la femme ; l'autorisation du mari est nécessaire à la femme pour ces contrats, même dans les Coutumes qui ne la demandent pas pour les testamens.

La raison est, que les testamens n'ont aucun effet, qu'au temps de la mort de la femme, temps auquel cesse la puissance du mari ; au-lieu que les contrats, quoique leur exécution soit différée après la mort de la femme, ont néanmoins leur effet du jour de leur confection : c'est de ce jour qu'ils produisent les engagemens qui en naissent ; la femme n'étant pas alors capable de contracter aucuns engagemens sans l'autorisation de son mari, elle ne peut sans cette autorisation faire valablement ces contrats.

49. La femme mariée n'a besoin d'autorisation que pour les actes qu'elle fait

en son nom ; lorsqu'elle contracte ; comme fondée de procuration, soit de son mari, soit de quelqu'autre personne que ce soit, il n'est pas besoin d'autorisation ; car ce n'est pas elle en ce cas qui contracte, c'est celui qui lui a donné procuration, qui contracte par son ministere.

Par la même raison, lorsqu'une femme mariée arrête les parties des marchands & artisans, pour les fournitures faites pour le ménage, ces arrêtés qu'elle fait, par le consentement tacite de son mari, qui est dans l'usage de la charger de ce soin, n'ont pas besoin de l'autorisation du mari pour être valables ; car ce n'est pas la femme qui est censée faire en son nom ces arrêtés, c'est le mari qui est censé les faire par le ministere de sa femme.

§. II.

Pour quelles obligations la femme mariée a-t-elle besoin de l'autorisation de son mari.

50. La Coutume de Paris dit en termes généraux en l'article 234 : » Une femme » mariée ne se peut obliger sans le

» consentement de son mari, si elle n'est
» séparée, ou marchande publique. »

Quelques généraux que soient ces termes, ils sont néanmoins susceptibles des distinctions que nous allons rapporter.

Cette maxime, que la femme mariée ne peut s'obliger sans le consentement & l'autorité de son mari, n'est qu'une conséquence du principe rapporté ci-dessus, *n.* 2, qu'une femme mariée ne peut rien faire de valable & qui ait quelqu'effet civil, si elle n'est habilitée & autorisée par son mari pour le faire; c'est pourquoi la maxime doit être restrainte aux obligations qui naîtroient de quelque fait de la femme, pour lequel elle n'auroit pas été autorisée.

Par exemple, une femme mariée n'est pas capable des obligations qui naissent de quelque contrat (1) que ce soit, ni de celles qui naissent d'une acceptation de succession ou d'une gestion d'affaires d'autrui, ou d'affaires communes, si elle n'a été autorisée pour faire ces contrats, ou pour cette acceptation de succession, ou pour cette gestion, ne pouvant, sans autorisation, faire valablement toutes ces choses.

(1) Sauf aux cas d'exception ci-dessus.

Mais à l'égard des obligations que nous contractons, sans aucun fait de notre part, la femme est capable de ces obligations, comme toute autre personne, sans le consentement de son mari.

Telles sont, 1°. les obligations que nous contractons, *ex quasi contractu*, par le fait d'un autre, sans aucun fait de notre part. Par exemple, si pendant l'abscence du mari & de la femme, une personne a fait faire des réparations urgentes à une maison du propre de la femme, la femme est obligée envers cette personne *ex quasi contractu negotiorum gestorum*, sans qu'il soit besoin qu'il intervienne aucun consentement de son mari; car c'est le fait de ce *negotiorum gestor*, qui produit cette obligation, sans aucun fait de la femme.

Telles sont, 2°. les obligations que la loi seule, ou l'équité seule produit; la femme mariée est, comme toute autre personne, capable de ces obligations, sans que le consentement de son mari soit nécessaire.

51. De-là suit la décision de la question suivante: J'ai prêté à une femme mariée une somme de mille écus, sans qu'elle ait été autorisée à l'emprunter; mais elle en a profité, étant justifié qu'elle

l'a employée en entier à l'acquittement de ses dettes ; pourrai-je exiger cette somme ? La réponse est, qu'elle n'a pu à la vérité contracter l'obligation de me rendre cette somme qui naît du contrat de prêt ; car n'ayant pu valablement faire ce contrat sans être autorisée, elle est incapable de l'obligation qui naît de ce contrat ; mais si elle n'est pas capable de cette obligation qui naît du contrat de prêt, elle est capable de celle que forme en elle la loi naturelle seule, & indépendamment d'aucun contrat. Cette Loi ne permet pas qu'on puisse s'enrichir aux dépens d'un autre : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari* ; L. 206, ff. *de reg. jur.* & elle oblige en conséquence cette femme à me rendre la somme qu'elle a reçue de moi, & qui lui a servi à acquitter ses dettes, sans quoi elle s'enrichiroit à mes dépens ; ce que la Loi naturelle ne permet pas.

52. La femme mariée contracte aussi sans le consentement de son mari, les obligations qui naissent de ses délits & quasi-délits ; mais comme le mari, qui pendant tout le temps que la communauté dure, a droit de jouir de tous les revenus des biens de la femme, ne doit pas souffrir des délits de sa femme, lorsqu'il n'y a

pas eu de part, & qu'il n'a pu les empêcher; ceux auxquels la femme a fait tort, & qui ont obtenu contr'elle des condamnations pécuniaires, ne peuvent s'en faire payer sur les revenus des biens de la femme, tant que la communauté durera; lesdits revenus appartenans au mari pendant ledit temps.

53. Quoique le dol qu'une femme commet en contractant, soit une espece de délit, néanmoins il n'oblige point la femme qui a contracté sans autorisation; celui qui en souffre, devant s'imputer d'avoir contracté avec elle.

54. Lorsque la femme a trompé celui avec qui elle a contracté, en prenant la qualité de fille majeure ou de veuve, s'oblige-t-elle, en ce cas, envers celui avec qui elle a contracté? Il faut distinguer, si celui qui a contracté avec cette femme, a pu s'informer de l'état & de la condition de cette femme; la femme, en ce cas, ne sera pas obligée envers lui; il devoit s'informer de l'état de cette femme: *qui cum aliquo contrahit, debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit;* autrement il y auroit une voie ouverte d'éluder la Loi qui ne permet pas aux femmes mariées de contracter sans autorisation, en leur faisant pren-

dre la qualité de fille majeure ou de veuve.

Mais lorsqu'une femme qui n'étoit point avec son mari, dont on ignoroit le mariage dans le lieu de sa demeure, & qui passoit dans le public pour fille, contracte dans ce lieu, elle s'oblige envers ceux avec qui elle contracte; comme il n'étoit gueres possible, en ce cas, aux personnes qui ont contracté avec cette femme, de s'informer si elle est mariée, on ne peut leur imputer de ne l'avoir pas fait; on peut appliquer à ce cas la Loi *Barbarius Philippus*, ff. *de Off. Praet.*

§. III.

Du besoin qu'a la femme de l'assistance de son mari pour ester en jugement.

55. La femme mariée étant sous la puissance de son mari, ne peut ordinairement ester en jugement, sans l'assistance de son mari; ce n'est que par cette assistance qu'elle a *legitimam standi in judicio personam.*

La Coutume de Paris, *art.* 224, en a une disposition. Il y est dit: » Femme » ne peut ester en jugement, sans le

» consentement de son mari, si elle n'est
» autorisée ou séparée par Justice, &
» ladite séparation exécutée. »

La même disposition se trouve dans la plupart des Coutumes, & elle est un droit commun pour tout le Pays Coutumier.

C'est pourquoi, quoique les actions qui concernent la propriété des biens-immeubles de la femme, appartiennent à la femme, & que le mari ne puisse les intenter sans sa femme, ni y défendre sans elle ; la femme ne peut pas non plus intenter lesdites actions sans son mari, ni y défendre sans lui.

Lors donc qu'une femme mariée intente une demande, l'exploit d'assignation doit être donné à la requête du mari & de la femme ; si la demande étoit donnée à la requête de la femme seule, elle seroit nulle, aussi-bien que toute la procédure qui auroit été faite, & la sentence qui auroit été rendue sur cette demande.

Pareillement, lorsque quelqu'un intente une action contre une femme mariée, il doit donner la demande contre le mari & la femme ; la demande qui seroit donnée contre la femme, seroit nulle, aussi-bien que toute la procédure & la sentence.

56. Ce principe, qu'une femme mariée ne peut ester en jugement sans son mari, a lieu, même à l'egard des instances commencées avant son mariage : c'est pourquoi, si pendant le cours d'une instance sur une demande qu'une fille à donnée contre quelqu'un, ou qu'on a donnée contr'elle, cette fille se marie, on ne peut plus, depuis son mariage, procéder valablement, ni de part ni d'autre, jusqu'à ce que l'instance ait été reprise par son mari; ou que sur le refus de reprendre l'instance, elle ait été autorisée par justice à continuer de la poursuivre ou d'y défendre.

57. Ce principe souffre quelques exceptions. L'article 224, ci-dessus rapporté, *n.* 55, en rapporte deux.

La premiere résulte de ces termes : *si elle n'est autorisée.*

Une femme ne devant pas être exposée à perdre des droits qui lui appartiennent, par le caprice de son mari qui refuseroit mal-à-propos de l'autoriser, sur la demande qu'elle veut donner, pour les poursuivre en Justice : la Coutume lui permet de se faire autoriser par le Juge, pour donner la demande ; l'autorisation du Juge supplée en ce cas à celle du mari, & elle habilite la fem-

me à ester en jugement sur cette demande, sans le consentement de son mari.

58. La femme, pour avoir cette autorisation, doit faire apparoir au Juge, du refus de son mari, sur la sommation qu'elle lui a faite.

Il n'est pas nécessaire qu'elle prouve la justice de la demande qu'elle veut intenter, pour que le Juge doive autoriser la femme à l'intenter : il faut néanmoins qu'elle ait quelqu'apparence de fondement ; c'est pourquoi la Coutume de Sedan, *tit.* 4, *art.* 96, après avoir dit que la femme ne peut pas ester en jugement sans son mari, ajoute : *n'étoit que pour son profit & cause raisonnable, elle fût autorisée par Justice.*

Ce qui est dit par la Coutume de Bourbonnois, que la femme doit être autorisée par le Juge, *au refus du mari, sans cause légitime*; par celle de Péronne, *au cas qu'il fût refusant, sans cause raisonnable*, fait aussi connoître que cette autorisation ne doit être accordée par le Juge, qu'avec quelque connoissance de cause.

59. Pareillement, lorsque le mari assigné avec sa femme, pour défendre à une demande intentée contre sa femme, déclare qu'il ne veut pas y défendre, la partie peut demander que la femme soit

autorisée par le Juge, pour y défendre.

60. Cette autorisation du Juge, accordée à la femme, soit pour intenter des actions, soit pour y défendre, ne préjudicie point au mari, lequel n'est point tenu sur les revenus des biens de sa femme, dont il a droit de jouir, des condamnations qui interviendroient contre sa femme dans ces instances, ni des frais, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que sa communauté en auroit profité.

61. La Coutume de Paris, en l'article ci-dessus rapporté, fait une seconde exception à l'égard des femmes, par ces termes : *ou séparée par Justice, & ladite séparation exécutée.*

Ce pouvoir que la Coutume donne aux femmes séparées, d'ester en jugement, sans l'assistance de leurs maris, étant une suite du pouvoir que la séparation leur donne d'administrer leurs biens, sans avoir besoin pour cela de leur mari ; il est évident que cette exception pour les femmes séparées, ne doit s'entendre que des actions qui concernent l'administration de leurs biens, qu'elles peuvent intenter, & auxquelles elles peuvent défendre sans leurs maris.

A l'égard de celles qui concernent la

propriété de leurs immeubles, les femmes, quoique séparées, ne peuvent les intenter ni y défendre, sans l'assistance de leur mari, ou l'autorisation du Juge.

La Coutume veut que la séparation soit exécutée ; car comme nous l'avons déja vu *suprà*, *n.* 18, les sentences de séparation, qui n'ont pas été mises à exécution, sont regardées comme non avenues, & n'ont aucun effet.

La Coutume, dit : *séparées par justice* ; elle entend par ces termes, qu'une séparation qui se fait par une simple convention, intervenue entre les conjoints, durant le mariage, ne donneroit pas de même le pouvoir à la femme d'ester en jugement sans son mari, ces conventions étant nulles & ne pouvant produire aucun effet : c'est en ce sens que sont entendus ces termes, *par justice*, dans l'Acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 8 Mai 1703 ; mais la Coutume n'entend pas par ces termes, *par justice*, restraindre au seul cas des séparations *judiciaires*, le pouvoir qu'elle donne aux femmes séparées, & ne pas l'accorder dans le cas des séparations contractuelles, portées par le contrat de mariage. Il y a même raison dans l'un & dans l'autre cas ; la séparation con-

tractuelle, qui eſt une loi irréformable du contrat de mariage, paroît même quelque choſe de plus fort que la judiciaire.

62. Quelques Coutumes ajoutent une troiſieme exception, à l'égard des femmes marchandes publiques, auxquelles elle donne le pouvoir d'intenter, ſans leur mari & ſans autoriſation, les demandes relatives à leur commerce, & d'y défendre; telles ſont celles de Dourdan, *tit.* 6, *art.* 80; de Mante, *art.* 125.

Les marchandes publiques ont-elles ce pouvoir dans la Coutume de Paris, & dans celles qui ne s'en ſont pas expliquées? Je ne le crois pas: ſi la Coutume de Paris eût voulu donner ce pouvoir aux femmes marchandes publiques, elle les auroit compriſes avec les femmes ſéparées, dans l'exception de l'*article* 224, comme elle les a compriſes avec les femmes ſéparées, dans l'exception de l'*article* 234.

La ſéparation donne à la femme le pouvoir d'adminiſtrer ſes biens, & d'en jouir pour ſon compte particulier; c'eſt une ſuite de ce pouvoir que la femme puiſſe donner les demandes qui concernent cette jouiſſance, & y défendre, ſans le conſentement de ſon mari, qui n'y a aucun intérêt. Au contraire, la

femme marchande publique exerce son commerce pour le compte de la communauté; si le mari, en lui permettant de faire un commerce, est censé lui permettre de faire, sans le consulter, tous les contrats relatifs à ce commerce, ce n'est pas une conséquence qu'il doive être censé lui avoir permis pareillement d'intenter & de soutenir, sans son consentement, des procès, quoique relatifs à ce commerce.

63. Le principe que la femme ne peut ester en jugement sans son mari, souffre une quatrieme exception, à l'égard des accusations criminelles; une femme mariée, contre qui on a intenté une accusation criminelle, peut ester en jugement pour y défendre, sans l'assistance de son mari, de même qu'un mineur sans l'assistance de son tuteur.

64. Mais lorsqu'une femme veut intenter une accusation criminelle contre quelqu'un, elle doit être autorisée, ou par son mari, ou par Justice. Cette distinction, entre le cas auquel la femme est poursuivie pour injure qu'elle a faite à quelqu'un, & le cas auquel elle poursuit celle qui lui a été faite, a été observée par la Coutume de Poitou, *tit.* 3, *art.* 126.

65. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 200, permet aux femmes d'ester en jugement, sans leur mari, tant en demandant qu'en défendant, pour les actions qui naissent des délits. Elle dit : » femme mariée peut » intenter & poursuivre en jugement, » sans son mari, l'injure dite ou faite » à elle ; & aussi peut être convenue, » pour l'injure qu'elle auroit faite ou » dite à aucun «.

Ces termes, *l'injure dite ou faite à elle*, comprennent tous les délits, de quelqu'espece qu'ils soient, commis envers la femme. La Coutume l'autorise *à en poursuivre la réparation* sans son mari ; ce qui doit s'entendre, soit par plainte, soit par action civile ; car ce terme, *poursuivre*, est général, & comprend l'une & l'autre voie.

Pareillement, ces termes, *peut être convenue pour l'injure*, *&c.* comprennent, tant la demande au civil, que la plainte, & s'entendent de tous les délits commis par la femme contre quelqu'un.

66. La Coutume ajoute : » toutefois si » ladite femme est condamnée, le mari » & les biens que lui & sadite femme » ont & possedent, constant leur maria- » ge, n'en sont tenus durant la commu- » nauté de biens «.

La Sentence de condamnation obtenue contre la femme seule, donne bien un droit d'hypotheque sur les biens de la femme, à ceux qui l'ont obtenue; mais elle ne peut préjudicier au droit qu'a le mari de jouir des biens de sa femme, pendant tout le temps que doit durer la communauté, dans laquelle lesdits revenus doivent tomber.

SECTION IV.

Comment & quand doit s'interposer l'autorisation du mari.

Il faut, à cet égard, distinguer entre les actes extrajudiciaires & les actes judiciaires. Nous verrons dans un premier paragraphe, comment doit s'interposer l'autorisation du mari dans les actes extrajudiciaires; dans un second, quand elle doit être interposée; dans un troisieme, nous traiterons de la forme de l'autorisation pour les actes judiciaires.

§. I.

Comment l'autorisation du mari doit-elle s'interposer dans les actes extrajudiciaires.

67. Il faut à cet égard distinguer entre les actes de simple administration, & ceux qui passent les bornes d'une simple administration, qui ont pour objet la propriété des biens-immeubles de la femme, qui tendent à en disposer, à les aliéner, & à les charger d'hypotheques. Une autorisation générale, portée par une procuration du mari, par laquelle il autorise sa femme à administrer ses biens, suffit pour tous les actes & contrats que fait la femme, qui ne passent pas les bornes de cette administration; il suffit pour ces actes, que la femme s'y dise autorisée par la procuration d'un tel jour, laquelle contient cette autorisation: la femme n'a pas besoin en tout, d'autorisation pour ces actes, lorsqu'elle est séparée.

A l'égard des autres actes & contrats, l'autorisation du mari doit être expresse & spéciale pour le contrat qui se passe; les autorisations générales portées, soit

par une procuration, soit même par un contrat de mariage, par lequel un mari autorise sa femme à disposer comme bon lui semblera de ses immeubles, à les aliéner, & à les hypothéquer, sont regardées comme nulles & de nul effet, étant contraires aux Loix, en ce qu'elles tendent à mettre les femmes hors de la dépendance en laquelle les Loix veulent que les femmes soient de leurs maris.

Cette Jurisprudence nous est attestée par un Acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 22 Février 1695 : il y est dit : » Nous attestons que l'*article* 223 » de la Coutume de Paris s'observe » exactement & à la lettre, sans aucu» ne restriction, de maniere que toute » femme mariée ne peut vendre, aliéner, » ni hypothéquer ses immeubles, sans » l'autorisation *expresse* de son mari ; que » tous les actes faits sans une autori» sation expresse, sont nuls, & que » par conséquent *toutes les autorisations* » générales, par des procurations, par » contrat de mariage, ou autres actes, » ne peut jamais suppléer, ce que la » Coutume demande, *&c.*

La même chose est répétée plus bas. Il y est dit, que la procuration générale, de même que la stipulation faite

par un contrat de mariage, pour donner la liberté à une femme de disposer, ne peut s'étendre qu'à la jouissance.

La même chose est attestée par les actes de notoriété des 12 Novembre 1699, & 23 Février 1708, qui disent qu'il faut que l'autorisation soit spéciale : *mise* in ipso actu, *ou par une procuration faite spécialement pour l'acte qui se passe.*

68. Pour que le mari soit censé avoir autorisé sa femme, il ne suffit pas qu'il ait déclaré par le contrat, qu'il y donnoit son consentement, & qu'il l'approuvoit ; car comme nous l'avons déja vu *suprà*, *n.* 3, l'autorisation est quelque chose de plus qu'un consentement ; c'est un acte par lequel il habilite sa femme à faire le contrat : il est donc absolument nécessaire qu'il déclare qu'il autorise sa femme ; ce terme est comme sacramentel, & je ne vois que celui d'*habiliter*, qui puisse paroître équipollent.

Sans cela, le consentement formel donné par le mari au contrat de sa femme, n'empêcheroit pas le contrat d'être absolument nul, faute d'autorisation.

69. Il faut dire la même chose, à plus forte raison, du consentement tacite ; c'est pourquoi, quoique le mari ait souscrit au contrat de la femme, s'il n'a pas dit ex-

pressément qu'il autorisoit sa femme, le contrat sera nul.

Pareillement, quoique le mari ait été conjointement avec sa femme, partie au contrat, & se soit obligé conjointement avec elle, s'il n'est pas dit qu'il a autorisé sa femme, le contrat ne sera valable qu'à l'égard du mari ; il sera nul à l'égard de la femme. Lebrun, *sect.* 4, *n.* 15, cite plusieurs Arrêts qui l'ont ainsi jugé.

Si le mari ne s'étoit obligé par ce contrat, que comme caution de sa femme, le contrat seroit nul, non-seulement par rapport à la femme, par le défaut d'autorisation ; mais il le seroit encore en ce cas, par rapport au mari, un cautionnement étant nul, lorsque l'obligation principale est nulle, comme nous l'avons vu en notre Traité des Obligations, *n.* 366.

70. C'est encore une conséquence de notre principe, que lorsque le mari a prêté son ministere à sa femme pour contracter, *putà*, lorsqu'il a vendu un héritage de sa femme, en vertu de la procuration qu'elle lui avoit envoyée pour le vendre, le contrat ne laisse pas d'être nul, si le mari n'y a pas expressément déclaré qu'il autorisoit sa femme pour ce contrat.

Lebrun, *sect.* 4, *n.* 23, observe qu'il faut que le mari déclare qu'il autorise sa femme, non seulement pour le présent contrat, mais aussi pour la procuration qu'elle lui a donnée pour le faire en son nom ; autrement la procuration étant nulle, faute d'autorisation, le contrat fait en vertu de cette procuration, ne pourroit se soutenir.

§. II.

Quand l'autorisation du mari doit-elle être interposée.

71. Nous ne sommes pas si rigoureux à l'égard de l'autorisation du mari, dont la femme a besoin, que l'étoient les Romains, à l'égard de celle du tuteur, dont le pupille avoit besoin pour contracter ; celle ci ne pouvoit être utilement interposée, que lors de la passation de l'acte par le tuteur en personne : *Tutor in ipso negotio præsens debet author fieri. Instit. tit. de auth. tut.* §. 2.

Au contraire, il n'est pas précisément nécessaire que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin pour contracter, soit interposée précisément lors de la passation du contrat pour lequel on

en a besoin ; il n'est pas nécessaire non plus que le mari soit présent à ce contrat ; le mari peut valablement autoriser sa femme par un acte qui précéde celui pour lequel il l'autorise, & il n'importe quel intervalle de temps il y ait entre l'acte d'autorisation, & le contrat pour lequel la femme a été autorisée.

Il est à propos, en ce cas, d'annexer à la minute du contrat, l'acte de procuration, par lequel le mari a déclaré qu'il autorisoit sa femme pour le faire ; autrement, si par la suite on attaquoit le contrat, & qu'on ne pût rapporter cette procuration, on ne pourroit établir la validité du contrat ; l'énonciation faite par le contrat, que la femme est autorisée par l'acte d'un tel jour, passé devant tel Notaire, & qu'elle l'a représenté, ne suffiroit pas pour établir la validité du contrat, l'acte d'autorisation n'étant pas rapporté.

72. Observez que quoiqu'il ne soit pas nécessaire que l'acte d'autorisation du mari soit interposé précisément lors de la passation du contrat, il est néanmoins nécessaire qu'il soit fait mention dans le contrat, de l'autorisation, & que la femme par le contrat, se dise autorisée,

& contracte avec la qualité de femme autorisée.

Sans cela, le contrat sera nul, quoique la femme ait été autorisée pour le faire ; car en ne faisant pas usage de l'autorisation de son mari, en contractant comme une femme libre, sans se dire autorisée, c'est la même chose que si elle ne l'avoit pas été.

73. Lorsque j'ai donné procuration à ma femme, par laquelle je l'ai autorisée pour faire en son nom un certain contrat, suffit-il, pour que le contrat soit valable, qu'elle y ait fait mention de la procuration qui renferme l'autorisation ; *putà*, qu'il y soit dit, que suivant la procuration de son mari, d'un tel jour passée devant tel Notaire, elle a vendu, *&c.*? Lebrun, L. 2, *ch.* 1, *sect.* 4, *n.* 19, décide que cela ne suffit pas, & que le contrat est nul, s'il n'y est pas dit expressément que la femme est autorisée de son mari, par ladite procuration. Suivant ce principe, le même Auteur, *n.* 18, décide que lorsqu'un mari a promis dans un contrat, de le faire ratifier par la femme, & déclaré qu'il l'autorisoit pour ladite ratification, l'acte de ratification que la femme feroit de cet acte, seroit nul si la femme ne dé-

claroit pas expressément qu'elle est autorisée de son mari.

74. L'autorisation du mari peut bien être interposée avant le contrat pour lequel il autorise sa femme, pourvu que la femme, par le contrat, se dise autorisée; mais il ne suffiroit pas, pour que le contrat de la femme fût valable, que l'autorisation du mari fût intervenue depuis le contrat, quoique la femme, dans le contrat, se fût dite d'avance autorisée de son mari, dans la confiance qu'elle avoit d'obtenir cette autorisation : cet acte ayant été absolument nul, faute d'autorisation, n'a pu être confirmé par l'autorisation qui est survenue depuis ; le néant ne pouvant pas être susceptible de confirmation ; c'est pourquoi il sembleroit, à s'en tenir à la rigueur des principes, que l'autorisation qui interviendroit depuis, devroit être de nul effet.

Néanmoins Leprêtre, *cent.* 2, *chap.* 16, rapporte deux Arrêts, qui ont jugé que l'autorisation intervenue depuis l'acte, rétablissoit l'acte, & ont en conséquence de l'autorisation intervenue depuis l'acte, condamné la femme à payer ce qu'elle s'étoit obligée de payer par l'acte, avant que d'être autorisée ; mais Leprêtre

Leprêtre & Lebrun obſervent fort bien que ces Arrêts n'ont pas jugé que l'autoriſation interpoſée depuis l'acte, rendît l'acte valable du jour de ſa confection, *ut ex tunc*, ce qui eſt abſolument nul, ne pouvant pas être confirmé ; mais qu'ils ont ſeulement jugé que l'acte devenoit valable, *ut ex nunc*, du jour de l'autoriſation, *tanquam ex conſenſu contrahentium qui adhuc perſeverare intelligitur quandiu non apparet mutatio voluntatis.*

De-là il ſuit, 1°. que ſi avant l'autoriſation, l'une ou l'autre des parties étoit morte, ou avoit perdu l'uſage de la raiſon, ou avoit déclaré un changement de volonté ; l'autoriſation du mari, qui ſeroit depuis interpoſée, ne pourroit plus rétablir l'acte.

2°. Que l'acte rétabli par l'autoriſation ſurvenue depuis, ne peut produire d'hypotheque que du jour de l'autoriſation, n'étant valable que de ce jour.

§. III

De la forme de l'autoriſation du mari dans les actes judiciaires.

75. Il y a cette différence, à l'égard de

la forme de l'autorisation, entre les actes judiciaires & les actes extrajudiciaires, que dans ceux-ci, pour qu'une femme soit censée autorisée ; il est nécessaire que le mari ait déclaré en termes formels, qu'il autorisoit sa femme pour un tel acte ; le terme d'autoriser est comme un terme sacramentel, qu'il faut nécessairement employer ; la présence du mari au contrat ne tient pas lieu d'autorisation.

Au contraire, dans les actes judiciaires, il n'est pas nécessaire que le mari déclare qu'il autorise sa femme pour intenter une telle demande, ou pour défendre à une telle demande qui ait été intentée contr'elle ; il est censé suffisamment l'autoriser, lorsqu'il est en qualité dans l'instance, conjointement avec elle ; il suffit, lorsque la femme a une demande à intenter, que l'exploit d'assignation soit donné à la requête du mari & de la femme : pareillement, pour que la femme soit censée suffisamment autorisée à défendre à une demande, il suffit que sur l'assignation donnée à son mari & à elle, son mari & elle constituent conjointement procureur, & défende conjointement avec elle.

Une seconde différence est, qu'à l'égard des actes extrajudiciaires, il n'est pas pré-

ciſément néceſſaire que le mari ſoit en qualité dans le contrat; il peut l'autoriſer par un acte qui précede le contrat pour lequel il l'autoriſe, & il ſuffit que la femme, par le contrat, ſe diſe autoriſée pour un tel acte; au contraire, à l'égard des actes judiciaires, il eſt néceſſaire que le mari, dans l'inſtance, ſoit en qualité de mari, conjointement avec ſa femme.

SECTION V.

Quel eſt l'effet, tant de l'autoriſation, que du défaut de l'autoriſation.

76. L'effet de l'autoriſation du mari & de l'autoriſation ſupplétive du Juge, eſt de rendre la femme auſſi capable de l'acte pour lequel elle eſt autoriſée, qu'elle le feroit ſi elle n'étoit pas mariée; en conſéquence l'autoriſation rend bien l'acte pour lequel elle eſt autoriſée, auſſi valable qu'il le ſeroit, ſi elle n'étoit pas mariée; mais elle ne lui donne pas plus de force qu'il n'en auroit eu. C'eſt pourquoi, lorſqu'une femme mariée a ſouffert quelque léſion dans un contrat pour lequel elle a été autoriſée, l'autoriſation ne rend pas le contrat moins ſuſceptible de reſci-

sion pour cause de minorité, qu'il le seroit, si cette femme eût fait ce contrat étant fille.

Pareillement, lorsqu'une femme mariée mineure, a fait, avec l'autorisation de son mari, un acte dont les mineurs ne sont pas capables, *putà*, si elle a fait, avec l'autorisation de son mari, une aliénation volontaire de quelqu'un de ses héritages, cette aliénation, quoique faite avec l'autorisation du mari, n'est pas moins nulle que celle faite par une mineure non mariée.

77. L'autorisation néanmoins ne laisse pas d'avoir quelqu'effet, même en ce cas; car lorsque la femme a été autorisée pour faire cette aliénation, la nullité du contrat, par lequel elle a fait cette aliénation, n'est qu'une nullité relative, qui n'a lieu qu'autant que la femme jugeroit que le contrat lui est désavantageux; au lieu que si cette femme avoit fait ce contrat sans être autorisée, la nullité du contrat seroit une nullité absolue; *Voyez suprà, n.* 5.

78. Ce qui a été dit jusqu'à présent, sur l'effet de l'autorisation, convient tant à celle du Juge qu'à celle du mari; elles different en ce que celle du mari donne à la femme commune en biens, le pou-

voir de charger des dettes qu'elle contracte par l'acte pour lequel elle eſt autoriſée, la communauté indéfiniment & au-delà de ce que la communauté profite de l'acte; au lieu que l'autoriſation du Juge donne bien le pouvoir à la femme de s'obliger & ſes biens, par le contrat pour lequel elle eſt autoriſée, mais ſans que les biens de la communauté puiſſent en ſouffrir aucun préjudice, & ſans que la communauté puiſſe être tenue des obligations que la femme contracte par cet acte, ſi ce n'eſt juſqu'à concurrence de ce qu'elle en profite.

A l'égard du défaut d'autoriſation, l'effet eſt de rendre abſolument nuls les actes de la femme mariée dans leſquels elle n'eſt point intervenue: *Voyez* ce qui en a été dit, *ſuprà*, *n.* 5.

Nous avons traité dans toute cette premiere partie, de l'autoriſation dont la femme a beſoin, qui eſt le principal effet de la puiſſance qu'a le mari ſur la perſonne de ſa femme.

79. Nous obſerverons ici un autre effet de cette puiſſance, qui eſt, que la femme, par rapport à cette puiſſance que le mari a ſur elle, eſt préſumée avoir été empêchée pendant le temps que le mariage a duré, d'intenter les actions qu'elle

avoit contre des tiers, lorsque ces actions pouvoient réfléchir contre son mari, par des recours de garantie qu'auroient pu exercer contre lui les personnes contre qui elle avoit ces actions; en conséquence de cette présomption, le temps de la prescription, par rapport à ces actions, ne court point contre la femme pendant le temps du mariage, suivant cet axiome de Droit, *contra non valentem agere nulla currit præscriptio.*

Suivant ce principe, si le mari, durant le mariage, avoit vendu, comme à lui appartenant, un héritage propre de la femme, le temps de la prescription ne court point pendant que le mariage dure, contre l'action qu'a la femme pour le revendiquer; car cette action qu'elle a contre l'acheteur, devant réfléchir contre le mari, contre qui l'acheteur a un recours de garantie, elle est présumée avoir pu être empêchée par son mari de l'intenter pendant que le mariage a duré.

80. A l'égard des actions de la femme qui ne réfléchissent pas contre le mari, la prescription court pendant le temps du mariage; la femme ne peut paroître avoir été empêchée de les intenter, son mari n'ayant eu aucun intérêt à l'en em-

pêcher; la femme ne pouvoit, à la vérité, pendant ce temps les intenter ſans être autoriſée; mais il étoit en ſon pouvoir de ſe faire autoriſer pour les intenter, ſinon par ſon mari, au moins par Juſtice.

SECONDE PARTIE.

De la Puissance du Mari sur les biens de la Femme.

PAR le Droit Romain, la femme mariée avoit deux especes de biens, les biens dotaux, & les biens paraphernaux.

Elle transféroit à son mari la propriété de ses biens dotaux, à la charge de la restitution qui devoit lui en être faite lors de la dissolution du mariage ; le mari, durant le mariage, en étoit le véritable propriétaire, sauf qu'il ne lui étoit pas permis d'aliéner les biens-fonds dont la dot étoit composée, qu'avec le consentement de la femme, ni de les obliger même avec son consentement. Justinien, par la suite, avoit défendu de les aliéner, & de les obliger, même avec le consentement de la femme.

La femme, durant le mariage, étoit donc plutôt créanciere de la restitution de ses biens dotaux, qu'elle n'en étoit propriétaire ; c'est en conséquence de cette créance, c'est par rapport à cette restitution, & en considération de cette

restitution, qui devoit lui être faite un jour, de sa dot, que la dot est appellée quelquefois dans les textes de Droit, le bien & le patrimoine de la femme.

Les biens paraphernaux de la femme, étoient ceux qui ne faisoient pas partie de sa dot ; ils étoient ainsi appellés des mots grecs παρα φερνη qui signifient *extra dotem* ; le mari n'avoit aucun droit dans lesdits biens ; la femme en avoit la libre disposition.

Cette distinction des biens dotaux & des biens paraphernaux, est encore connue aujourd'hui dans les Provinces régies par le Droit Ecrit.

Nous nous bornerons à expliquer sur cette matiere, les principes de la Coutume de Paris, qui sont semblables à ceux de la plupart des Coutumes.

81. La distinction des biens en biens dotaux & biens paraphernaux, n'y est pas connue ; au contraire on y tient pour maxime que tous les biens de la femme sont réputés dotaux.

On distingue les biens de la femme en biens de communauté, & biens propres.

82. La puissance qu'a le mari, le rend maître absolu de tous les biens de la communauté, & lui donne le droit d'en

diſpoſer, même pour la part qu'y a ſa fem-me, ſans qu'elle puiſſe diſpoſer elle-même ſans ſon mari en aucune maniere, de ſa part, pendant que le mariage & la communauté durent. Voyez notre Traité de la Communauté, *part.* I, *ch.* 3.

Les biens propres de la femme ſont ceux qu'elle n'a pas mis en communauté : il y en a deux eſpeces; les biens propres de la premiere eſpece, ſont les biens propres de la femme, qui ſont immeubles; ceux de la ſeconde eſpece, ſont les biens-meubles de la femme, qu'elle a exclus de la communauté par une clauſe de réaliſation.

83. Ceux-ci ne different des biens mis en communauté, qu'en ce que la femme, ou ſes héritiers, ſont créanciers de la repriſe du montant deſdits biens contre la communauté. Au ſurplus le mari n'a pas moins le droit de diſpoſer à ſon gré deſdits biens, que de ceux de la communauté; il peut ſeul, & ſans ſa femme, intenter en Juſtice les actions pour raiſon deſdits biens, & y défendre; la clauſe de réaliſation ne laiſſe à la femme, comme nous venons de le dire, qu'une créance pour la repriſe, & un privilege ſur les effets qui ſe trouvent encore en nature en la poſſeſſion du mari, ou de ſa ſucceſſion,

lors de la dissolution de la communauté, pour le paiement de la reprise qui en est due.

84. A l'égard des biens propres de la femme, de la premiere espece, qui sont ses biens-immeubles, la femme en conserve la propriété pendant le mariage; le mari ne peut les vendre, ni les engager sans le consentement de sa femme; il ne peut, sans sa femme, les partager, ni les liciter; il ne peut sans elle, intenter les actions qui concernent la propriété desdits biens, ni y défendre sans elle.

85. Observez que quoique la femme conserve, pendant le mariage, le droit de propriété de ses héritages & autres immeubles, dont elle ne peut être privée *par le fait* de son mari, à quelque titre que son mari en eût disposé sans son consentement, elle peut néanmoins en être privée par la négligence de son mari; c'est ce qui a été jugé par un Arrêt du premier Juin 1596, rapporté par Louet, *lettre* F, *art.* 15. Un mari ayant manqué pendant trois ans de payer la redevance Bordeliere, dont étoit chargé l'héritage propre de sa femme, le Seigneur prétendit la commise de cet héritage à son profit, suivant la Coutume de Nivernois; la femme s'y opposoit, en disant

que son mari n'avoit pu par son fait lui faire perdre la propriété de son héritage : le Seigneur répondoit qu'on doit distinguer entre *le fait* du mari, qui est quelque chose de positif, & la simple négligence du mari ; que le fait du mari, pris au premier sens, ne pouvoit pas lui faire perdre son héritage, mais que la négligence du mari pouvoit le lui faire perdre. Par l'Arrêt, la commise fut adjugée au Seigneur.

Par la même raison, une femme peut, pendant le mariage, perdre la propriété d'une rente propre par la négligence de son mari à s'en faire servir, & à la faire reconnoître par le débiteur, qui en sera libéré par l'accomplissement du temps de la prescription.

Dans tous ces cas, & autres semblables, la femme perd son propre par la négligence de son mari, même dans le cas auquel le recours qu'elle a pour ses dommages & intérêts contre son mari, lui seroit inutile par l'insolvabilité de son mari.

86. La puissance maritale ne donne pas, à la vérité, au mari *jus dominii* sur les immeubles propres de sa femme ; mais elle lui donne, par rapport auxdits biens, une espece de droit de bail & de gou-

vernement, qui consiste principalement en trois choses.

87. La premiere chose en laquelle il consiste, est de donner au mari, pendant le mariage, tout ce qu'il y a d'honorifique attaché aux biens propres de sa femme.

En conséquence, le mari a le droit de prendre le titre des seigneuries dont la femme est propriétaire. Si par exemple, la femme est propriétaire d'un Marquisat, d'un Comté, d'une Baronnie, ou de quelque autre Seigneurie, son mari a le droit de se dire & de se qualifier Marquis, Comte, Baron, Seigneur d'un tel lieu. Si le mari n'étoit pas de qualité à pouvoir prendre les titres de Marquis, Comte, ou Baron, il pourroit en ce cas se qualifier seulement de Seigneur du Marquisat, du Comté, ou de la Baronnie d'un tel lieu.

Ce droit du mari lui donne aussi l'exercice de tous les droits honorifiques attachés aux seigneuries de sa femme.

Il peut en conséquence, même sans sa femme, sommer les vassaux des seigneuries de sa femme, de venir à la foi; il peut sans elle saisir féodalement leurs fiefs, faute de foi non faite; il peut sans elle leur accorder souffrance pour la

faire ; il peut sans elle les recevoir en foi : il faut pourtant que dans ces actes de sommation, de saisie féodale, de souffrance, & de reception en foi, il prenne la qualité *de mari d'une telle femme* ; les vassaux des seigneuries de sa femme n'étant obligés de le reconnoître qu'en cette qualité.

88. Le mari est aussi chargé des devoirs féodaux dont sont chargés les fiefs de sa femme ; il est par rapport auxdits fiefs l'homme du Seigneur ; il lui en doit porter la foi, quand même sa femme l'auroit portée auparavant son mariage ; il doit, en la portant, se qualifier de mari d'une telle : en portant la foi, en cette qualité de mari d'une telle, il couvre le fief de sa femme, sans que sa femme soit obligée de la porter elle-même durant le mariage, quand même elle ne l'auroit pas portée auparavant.

C'est par cette raison que le mari devient par le mariage l'homme du Seigneur pour les fiefs de sa femme, que dans beaucoup de Coutumes, le mariage donne ouverture au profit de rachat pour les fiefs de la femme qui se marie.

89. Le mari ayant l'exercice de tous les droits honorifiques attachés aux seigneuries dont sa femme est propriétaire,

s'il y a quelque droit de Justice qui y soit attaché, l'institution & destitution des Officiers de la Justice appartiennent au mari, sans qu'il ait besoin pour cela de consulter sa femme. Pareillement, s'il y a quelque droit de patronage attaché aux seigneuries de la femme, c'est au mari seul à qui appartient la présentation aux bénéfices.

Il doit aussi en conséquence jouir de tous les honneurs attachés auxdits droits de Justice & de patronage; tels que sont à l'Eglise ceux d'être mis aux prieres nominales, de l'eau bénite, de l'encens, *&c.* Les Curés sont obligés de rendre lesdits honneurs, tant au mari, qu'à la femme.

90. La seconde chose en laquelle consiste le droit du mari, par rapport aux propres de sa femme, est celui qu'il a d'en percevoir tous les fruits & revenus pendant tout le temps que le mariage & la communauté durent. Voyez sur ce droit ce que nous en avons dit en notre Traité de la Communauté, *part.* 1, *ch.* 1, *sect.* 1, *art.* 3.

91. La troisieme chose en laquelle consiste le droit du mari, par rapport aux biens de sa femme, est le droit qu'il a d'administrer les biens propres de sa femme.

Ce droit établit une différence entre les baux que le mari fait des héritages propres de sa femme, & ceux que fait un simple usufruitier des héritages dont il a l'usufruit; celui-ci ne peut les faire que pour le temps que doit durer son usufruit; le propriétaire de l'héritage n'est point obligé, après la mort de l'usufruitier, qui a éteint l'usufruit, d'entretenir les baux faits par l'usufruitier, pour le temps qui en reste.

92. Au contraire, les baux que le mari fait des héritages propres de sa femme, étant censés faits en la qualité qu'il a d'administrateur des biens de sa femme, sa femme est censée les avoir faits elle-même par son ministere conjointement avec lui; c'est pourquoi, à l'exception de certaines Coutumes, qui défendent expressément au mari de faire, sans le consentement de leurs femmes, des baux à ferme ou à loyer des héritages propres de leurs femmes, qui s'étendent au-delà du mariage, telle qu'est celle de Blois, *art.* de droit commun la femme, aussi-bien que les héritiers, sont obligés après la dissolution du mariage & de la communauté, d'entretenir les baux à ferme ou à loyer que le mari a fait seul des héritages propres de sa femme,

pour, tout le temps qui reſte à courir.

93. Il faut néanmoins pour cela que deux choſes concourent : 1°. il faut que ces baux n'aient été faits que pour le temps ordinaire, pour lequel il eſt d'uſage de faire des baux à loyer ou à ferme : c'eſt ce qui réſulte de l'article 227 de la Coutume de Paris. Cette Coutume, après avoir dit en l'article 226, que le mari ne peut aliéner les propres de ſa femme ; dit en l'article 227 : « Peut toutefois le mari faire baux à loyer ou à » moiſon à ſix ans, pour héritages aſſis » à Paris ; & à neuf ans, pour héritages aſſis aux champs ; & au-deſſous, » ſans fraude ».

Il eſt particulier aux maiſons de Paris, que le mari, en ſa qualité d'adminiſtrateur des biens de ſa femme, n'ait droit d'en faire des baux que pour ſix ans. Dans les autres villes, le mari peut faire des baux pour neuf ans des maiſons de ville, de même que des biens de campagne ; lorſqu'ils ſont faits pour un plus long temps, ils ſont cenſés excéder les bornes de l'adminiſtration qu'a le mari des biens propres de ſa femme ; & en conſéquence la femme, ni ſes héritiers, ne ſont pas obligés, après la diſſolution de la communauté, de les entretenir.

Elle n'y est pas obligée, quand même, lors de la dissolution de la communauté, il ne resteroit à courir que très-peu d'années de ce bail; car il suffit que dans son principe le mari ait excédé son pouvoir, pour qu'il ne puisse obliger la femme.

Ces baux qui sont faits pour un trop long temps, étant des especes d'aliénations de l'héritage propre de la femme, qui sont interdites au mari, l'obligation de garantie qui en naît, est une dette dont le mari n'a pu charger sa communauté, suivant que nous l'avons établi au *Traité de la Communauté*, *n.* 253.

Le mari même ne contracte cette obligation que lorsqu'il a fait le bail en son propre nom; mais lorsque le bail porte, qu'il l'a fait en sa qualité de mari, sans que le mari ait promis de le faire ratifier par sa femme, le preneur ne peut prétendre aucuns dommages & intérêts; il n'a point été trompé; il sçavoit, ou devoit sçavoir que le mari n'avoit pas, en sa qualité de mari, sans le consentement de sa femme, le pouvoir de faire un bail pour un aussi long temps.

94. La seconde chose que la Coutume requiert, pour que les baux des héritages propres, faits par le mari obligent la femme, est qu'ils soient faits sans frau-

de ; c'eſt ce qui réſulte de ces termes de l'article 227, ci-deſſus rapportés : *Et ſans fraude.*

Cette fraude conſiſte dans un deſſein affecté de priver la femme, ou ſes héritiers, de la diſpoſition qu'ils doivent avoir de la joüiſſance de ſes héritages propres après la diſſolution de la communauté.

Elle ſe préſume dans des baux, que le mari ſe ſeroit empreſſé de faire pendant la derniere maladie de ſa femme, laquelle étoit déja à l'extrémité ; pareillement, dans ceux que le mari ſe ſeroit empreſſé de faire à la veille d'une demande en ſéparation, qu'il ſçavoit que ſa femme devoit donner contre lui.

Elle ſe préſume encore dans les baux faits par anticipation, c'eſt-à-dire, dans un temps auquel il reſtoit encore pluſieurs années des précédens baux ; mais ce défaut ſe couvre lorſque le bail, qui avoit été fait par anticipation, a commencé à courir pendant la communauté ; car il eſt en ce cas indifférent qu'il ait été fait par anticipation.

95. Enfin, la femme n'eſt pas obligée d'entretenir les baux pour leſquels ſon mari a reçu de gros pots-de-vin ; ou ſi elle veut bien les entretenir, elle doit

avoir contre la communauté la reprise d'une partie du pot-de-vin, au *prorata* du temps qui reste à courir du bail depuis la dissolution de la communauté.

96. On a fait la question de sçavoir, si le rachat des rentes propres de la femme, qui étoit fait au mari durant le mariage, étoit un acte de simple administration, & s'il pouvoit en conséquence être valablement fait au mari seul sans que la femme intervînt à l'acte, ou qu'elle eût été sommée d'y intervenir? La raison de douter, est que le rachat d'une rente emportant l'aliénation & l'extinction de cette rente, paroît excéder les bornes de la simple administration qui est accordée au mari, & qu'en conséquence la présence de la femme y étoit nécessaire, comme elle l'est à tous les autres actes qui concernent la propriété de ses biens propres : quelques Arrêts, fondés sur cette raison, ont autrefois jugé que le rachat des rentes propres de la femme ne pouvoit être valablement fait au mari seul; mais le sentiment le plus commun aujourd'hui, est qu'il peut être valablement fait au mari; parce que le rachat pouvant être fait par le débiteur, malgré le créancier, la femme n'ayant aucuns moyens pour l'empêcher, le mari

ayant seul qualité pour recevoir les deniers qui en proviennent, comme légitime administrateur des biens de sa femme, la présence de la femme est absolument inutile à ce rachat ; c'est pourquoi il a prévalu de le regarder plutôt comme un acte de simple administration que le mari peut faire seul, que comme un acte d'aliénation.

97. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent des droits qu'a le mari sur les immeubles propres de sa femme, a lieu, non-seulement dans le cas auquel il y a communauté de biens entre les conjoints ; mais même dans le cas auquel il y auroit par le contrat de mariage une clause d'exclusion de communauté ; car la simple clause d'exclusion de communauté n'empêche pas le mari d'avoir la jouissance de tous les biens de sa femme, *ad sustinenda onera matrimonii*, & d'en avoir l'administration.

98. Il en est autrement de la séparation de biens : lorsqu'une femme est séparée de biens, soit par une clause de son contrat de mariage, par laquelle il est dit que chacun des conjoints jouira séparément de ses biens, soit par une sentence de séparation, intervenue depuis le mariage & exécutée, le mari n'a

en ce cas ni la jouiſſance ni l'adminiſtration des biens de ſa femme ; elle a le droit d'en jouir elle-même, & de les adminiſtrer elle-même ; & elle n'a pas même beſoin de l'autorité de ſon mari pour tous les actes qui concernent cette adminiſtration.

Néanmoins, même en ce cas de ſéparation, le mari conſerve une autorité ſur les immeubles propres de ſa femme, leſquels ne peuvent être par elle aliénés ni engagés ſans l'autorité & le conſentement de ſon mari ; elle ne peut pas même recevoir le rachat des rentes propres qui lui ſont dues, ſans que le mari y ſoit appellé, qui a droit de veiller à l'emploi du rachat, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 17.

FIN.

PRÉFACE.

APRÈS avoir traité du mariage même, & de la puissance qu'il donne au mari, sur la personne & les biens de sa femme, il est de l'ordre de traiter des principales conventions qui l'accompagnent ordinairement, & qu'on appelle *conventions matrimoniales*.

Nous verrons dans un premier Paragraphe, quelles conventions peuvent faire les personnes qui se marient; dans un second, quand & comment se font ces conventions; dans un troisieme, quels en sont les caracteres.

§. I.

Quelles conventions peuvent faire les Personnes qui se marient.

1. C'est un principe, que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions.

Ce terme de contrat de mariage se prend ici pour l'acte qui contient les

conventions que font ensemble les personnes qui sont sur le point de se marier.

La Coutume d'Orléans fait mention de ce principe en l'*article* 202, où il est dit : « en traité de mariage & avant la » foi baillée & Bénédiction nuptiale, » homme & femme peuvent faire & ap- » poser telles conditions, douaires, do- » nations, & autres conventions que bon » leur semblera. »

Celle de Montargis, *ch.* 8, *art.* 8, dit la même chose.

Cette disposition n'est point une disposition locale & qui leur soit particuliere, elle exprime sur ce point le Droit Commun.

2. Les contrats de mariage, sont tellement susceptibles de toutes sortes de conventions, qu'on y en admet, qui, par tout autre acte, que par un contrat de mariage, ne seroient pas valables.

Par exemple, quoique par tout autre acte que par un contrat de mariage, il ne soit pas permis de faire aucune convention sur la succession d'une personne encore vivante; néanmoins on admet dans les contrats de mariage, la convention par laquelle un enfant se contente de la dot qui lui est donnée par ses pere

& mere; & renonce en conſéquence à la ſucceſſion future, en faveur des autres enfans, ou de quelqu'un d'eux, *putà*, en faveur de l'aîné, ou en faveur des enfans mâles.

Quoique par tout autre acte que par un contrat de mariage, je ne puiſſe pas convenir & promettre qu'une certaine perſonne ſera mon héritiere; l'inſtitution d'héritier ne pouvant ſe faire que par teſtament, & devant dépendre de la libre volonté du teſtateur, toujours révocable juſqu'à la mort; néanmoins on a admis dans les contrats de mariage les inſtitutions contractuelles, par leſquelles l'un des conjoints inſtitue irrévocablement pour ſon héritier, ſoit l'autre conjoint ſoit les enfans, ou l'aîné des enfans qui naîtront du futur mariage.

Ces inſtitutions contractuelles ſont admiſes même dans les lieux où les Coutumes rejettent abſolument l'inſtitution d'héritier: même dans les teſtamens, dans leſquels elles ne ſont regardées que comme de ſimples legs univerſels.

3. Enfin, c'eſt par la faveur des contrats de mariage que l'Ordonnance de 1731 a diſpenſé les donations qui ſe font

par contrat de mariage aux parties contractantes, ou aux enfans qui naîtront du futur mariage, de plusieurs regles auxquelles elle assujettit les donations à peine de nullité, comme nous le verrons en son lieu.

4. Le principe que les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de conventions, a ses exceptions; celles qui blesseroient la bienséance publique, quoique faites par contrat de mariage, ne seroient pas valables. Par exemple, il n'est pas douteux que s'il étoit dit par un contrat de mariage, que la femme seroit le chef de la communauté de biens qui auroit lieu entre les conjoints, une telle convention ne seroit pas valable; étant contre la bienséance publique, que l'homme que Dieu a fait pour être le chef de la femme, *vir est caput mulieris*, ne soit pas le chef de leur communauté de biens, & qu'au contraire cette communauté ait la femme pour chef.

5. Les conventions qui paroissent tendre à soustraire la femme, à la puissance que notre droit municipal a accordé au mari sur elle, sont aussi regardées comme étant dans nos mœurs, contraires à la bienséance publique, & en conséquence nulles.

C'est pour cette raison que la Jurisprudence a déclaré nulles, les autorisations générales dans les contrats de mariage, c'est-à-dire, les clauses par lesquelles il étoit porté, que le mari, par le contrat de mariage, autorisoit sa femme, non-seulement pour administrer, mais même pour aliéner à son gré ses héritages à quelque titre que ce soit, sans qu'elle eût besoin d'avoir recours pour cela à une autorisation particuliere. Nous avons rapporté, *suprà*, en notre Traité de la Puissance du mari sur la personne & les biens de sa femme, les Arrêts qui proscrivent & annullent ces clauses d'autorisation générales, comme tendantes à rendre la femme indépendante du mari, & à la soustraire entiérement à sa puissance.

Cette Jurisprudence n'a lieu que dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées; ces autorisations générales par contrat de mariage, sont valables dans les Coutumes qui les permettent par une disposition expresse, telle qu'est celle de Berry, *tit.* 1, *art.* 2.

6. Quelque susceptibles que soient les contrats de mariage, de toutes sortes de conventions, celles qui contrediroient

quelque Loi prohibitive, ne ſont pas valables.

Par exemple, la Coutume de Blois défendant à ceux qui ne ſont pas nobles de diſpoſer par donation entre-vifs de plus de moitié de leurs héritages patrimoniaux, ils ne peuvent valablement en diſpoſer, même par contrat de mariage.

7. Non-ſeulement les conventions qui contrediroient ouvertement une Loi prohibitive, celles même qui tendent à l'éluder, doivent être déclarées nulles, quoique portées par des contrats de mariage.

Telles ſont les conventions par leſquelles on conviendroit que la femme auroit ſa part dans la communauté, franche de dettes, ou qu'elle en ſeroit tenue pour une moindre partie que celle qu'elle a dans l'actif; car ces conventions tendent à éluder une Loi prohibitive qui défend aux conjoints de ſe faire aucun avantage direct ou indirect pendant le mariage, en laiſſant au mari le pouvoir d'avantager ſa femme pendant le mariage, en faiſant des acquiſitions, dans leſquelles la part qu'auroit la femme, ſeroit payée par le mari, en tout ou en partie. Voyez ce que nous diſons de ces conventions, dans notre Traité

de la Communauté, *Part.* 1, *ch.* 3, *art.* 1, §. 1.

8. Ce principe, que les conventions qui laissent aux conjoints le pouvoir de s'avantager, durant le mariage, ne sont pas valables, ne doit pas néanmoins être pris trop à la rigueur; car l'Ordonnance de 1731, *art.* 8, permet, dans les contrats de mariage, les donations universelles, faites entre conjoints, sous la réserve de disposer d'une certaine somme qui demeurera comprise dans la donation, si le donateur n'en dispose pas; quoique cette réserve laisse en quelque façon, au pouvoir du conjoint donateur, d'avantager, ou non, l'autre conjoint, durant le mariage, en disposant ou ne disposant pas de cette somme.

9. Le principe, que les conventions qui tendent à éluder une Loi prohibitive, sont nulles, même dans les contrats de mariage, y a fait rejetter la convention, que la femme ne pourroit renoncer à la communauté, & celle par laquelle elle renonceroit au privilege qu'elle a de n'être tenue des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en a amandé; ces conventions vont à éluder la Loi, qui défend au mari

d'engager les propres de sa femme malgré elle.

10. On ne doit pas non plus admettre, dans un contrat de mariage, la convention que le survivant ne seroit pas tenu, après la mort du prédécédé, de faire inventaire pour dissoudre la communauté, avec les enfans mineurs du mariage, héritiers du prédécédé, ni celle par laquelle on le dispenseroit de quelqu'une des formalités requises pour cette inventaire.

§. II.

Quand & comment doivent se faire les Conventions Matrimoniales.

11. Les conventions matrimoniales doivent se faire avant la célébration du mariage; il n'est plus temps de les faire après que le mariage a été célébré. Par exemple, dans les Provinces dont la Loi n'admet la communauté de biens entre conjoints, que lorsque les parties en sont expressément convenues, si des parties ont célébré leur mariage avant que d'avoir fait un contrat de mariage, elles ne pourront plus, aussitôt que le mariage aura été célébré, convenir entr'elles d'une communauté de

bions; le mari ne pourra plus donner à sa femme d'autre douaire, que celui que lui donnent les Coutumes sous lesquelles ses héritages sont situés.

C'est ce qui résulte de ces termes de l'*art.* de la Coutume d'Orléans, qui est ci-dessus rapporté: AVANT LA FOI BAILLÉE ET BENEDICTION NUPTIALE, *homme & femme peuvent, &c.*

12. Ces conventions doivent se faire par un acte, qu'on appelle *contrat de mariage.* Cette acte doit être passé devant Notaire; on rejette, dans la plupart de nos Provinces, les contrats de mariage passés sous signatures privées. La raison est, afin d'empêcher que les conjoints par mariage, n'eussent un moyen facile d'éluder la Loi, qui leur défend de se faire aucun avantage durant le mariage, en faisant, durant le mariage, des contrats de mariage qu'ils antidateroient d'auparavant.

Il y a néanmoins quelques Provinces où les contrats de mariage, passés sous signatures privées, sont admis; les signatures des parens des deux familles qui se trouvent au bas de ces actes, ont paru devoir écarter tout soupçon d'antidate.

Mais si le prétendu contrat de maria-

ge n'étoit revêtu que des ſignatures privées des ſeules parties contractantes ; je crois qu'il devroit être rejetté comme ſuſpect d'antidate, même dans les Provinces qui admettent les contrats de mariage ſous ſignatures privées ; j'ai vu des Conſultations imprimées d'Avocats du Parlement de Normandie, où les contrats de mariage, ſous ſignatures privées, ſont admis, qui étoient de cet avis.

13. Quoique les futurs conjoints ne ſoient pas obligés d'appeller leurs parens à leur contrat de mariage, néanmoins lorſqu'ils y ont fait aſſiſter leurs parens, ils ne peuvent plus, par d'autres actes, quoiqu'auparavant la célébration du mariage, faire de nouvelles conventions, à moins qu'ils n'y faſſent pareillement aſſiſter leurs parens reſpectifs qui ont aſſiſté à leur contrat de mariage.

Les Coutumes de Paris, *art.* 258, & d'Orléans, *art.* 223, en ont une diſpoſition ; il y eſt dit : « toutes contre-lettres » faites à part & hors la préſence des pa- » rens qui ont aſſiſté aux contrats de ma- » riage, ſont nulles. »

La diſpoſition de ces Coutumes, ajoutée lors de la réformation, & formée ſur la Juriſprudence qui avoit lieu alors,

établit un droit commun, qui a lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

La Coutume comprend ici, sous le terme de contre-lettres, non-seulement les conventions qui dérogent & sont contraires à quelqu'unes de celles portées au contrat de mariage; mais généralement toutes les nouvelles conventions ou donations qui ne sont pas portées au contrat de mariage.

A l'égard des actes qui ne seroient qu'explicatifs de quelqune des conventions portées au contrat de mariage, & qui ne contiendroient rien de nouveau, ils ne peuvent pas passer pour contre-lettres, & rien n'empêche qu'ils ne soient valables.

La raison pour laquelle la Coutume déclare nulles les contre-lettres faites à part & hors la présence des parens qui ont assisté au contrat, s'apperçoit facilement. Quoique des conventions de mariage ne soient pas vicieuses pour cela seul qu'elles ont été faites à l'insçu des parens; néanmoins l'affectation marquée de ces conjoints, de cacher à leurs parens & au public leurs conventions, en les faisant à part & par un acte séparé de leur contrat de mariage, fait re-

garder ces conventions, comme des conventions dont les conjoints ont eu honte, & qui doivent pour cela être présumées avoir été dictées plutôt par la passion, que par de justes motifs; c'est ce qui a porté la Coutume à les déclarer nulles.

14. On regarde comme contre-lettres, non-seulement les conventions & donations faites depuis le contrat de mariage, dans le temps intermédiaire, hors la présence des parens; mais même les donations faites peu de jours avant le contrat, par des personnes qui se proposoient de s'épouser, & qui vouloient les cacher à leur famille; c'est ce qui a été jugé par un Arrêt du 19 Février 1716, qui a déclaré nulle une donation faite entre des personnes, la veille de leur contrat de mariage; l'Arrêt est rapporté par l'Auteur du Traité des contrats de Mariage.

15. La Coutume, en déclarant toutes contre-lettres, nulles, comprend non-seulement celles qui interviennent entre les futurs conjoints; mais pareillement celles qui interviennent entre l'un des futurs conjoints, & quelqu'une des personnes qui ont été parties au contrat.

Par exemple, si le futur à qui son

pere avoit promis une certaine ſomme en dot, lui promettoit, par un acte paſſé hors la préſence de ſa femme & des principaux parens de ſa femme, de ne pas exiger cette ſomme de ſon vivant, cet acte ſeroit nul, comme étant une contre-lettre au contrat de mariage, & le pere ne pourroit l'oppoſer contre les pourſuites de ſon fils, pour le paiement de la dot promiſe par le contrat de mariage.

16. Ce que la Coutume dit, que les contre-lettres faites hors la préſence des parens qui ont aſſiſté au contrat de mariage, ſont nulles, ne doit pas être tellement pris à la rigueur, que l'abſence d'un ſeul des parens qui ont aſſiſté au contrat de mariage, doive indiſtinctement les rendre nulles. Si ce parent en l'abſence de qui la contre-lettre a été paſſée, n'étoit qu'un parent éloigné, & qu'elle ait été paſſée en préſence des plus proches parens, & de ceux qui avoient le plus d'autorité dans la famille, elle doit être jugée valable.

Au reſte, il ne faut pas ſuivre l'opinion de Lauriere, qui reſtreint aux parens de la ligne directe aſcendante & au tuteur, les parens dont la préſence eſt requiſe par cet article; il comprend pareillement les

collatéraux qui ont assisté au contrat de mariage ; il est vrai que les conjoints n'étoient pas obligés de les y appeller ; mais lorsqu'ils les y ont appellés, ils ne peuvent se dispenser de les appeller pareillement aux contre-lettres pour les rendre valables, par les raisons expliquées ci-dessus, *n.* 13.

§. III.

Quels sont les caractères propres aux Conventions Matrimoniales.

17. Nous remarquons dans les conventions matrimoniales, deux caracteres qui leur sont propres.

Premier Caractere. Le premier caractere, qui est propre à toutes les conventions matrimoniales, & aux donations faites par des contrats de mariage, est qu'elles sont toutes censées faites sous la condition tacite, *si nuptiæ sequantur* : c'est pourquoi, si les promesses de mariage, que les parties se sont faites, viennent à se rompre, toutes ces conventions & donations deviennent nulles, & sont regardées comme non avenues, *quasi ex defectu conditionis.*

Il n'y a qu'un mariage valable &

qui ait les effets civils, qui puiſſe accomplir cette condition. C'eſt pourquoi, lorſque le mariage, que des perſonnes ont contracté, eſt nul par quelque empêchement dirimant qui s'y rencontre; ou même lorſque le mariage étant valable, il eſt privé des effets civils, tels que ſont les mariages qui ont été contractés *in extremis* après un mauvais commerce qui a précédé, ou qui ont été tenus ſecrets juſqu'à la mort de l'une des parties: (ſur quoi voyez notre Traité du Mariage, *p.* 5, *ch.* 2, *art.* 3;) en l'un & l'autre cas toutes les conventions & donations portées par le contrat de mariage de ces perſonnes, ſont nulles, & la femme ne peut demander ni communauté ni douaire: l'homme ou ſes héritiers doivent ſeulement *condictione ſine causâ* rendre à la femme, ou à ſes héritiers ce qu'il a reçu d'elle.

Obſervez néanmoins que lorſque l'empêchement, qui rend le mariage nul, a été ignoré de bonne foi par les parties, ou par l'une d'elles, la partie qui a été de bonne foi, peut profiter des conventions & donations portées au contrat de mariage, comme nous l'avons vu en notre Traité du Mariage, *n.* 438 & 439.

18. *Second Caractere.* Un ſecond caractere,

qui eſt propre aux conventions matr.moniales, & aux donations portées par les contrats de mariage, eſt qu'auſſi-tôt qu'elles ont été confirmées par la célébration du mariage qui a ſuivi le contrat, il n'eſt plus permis aux parties d'y déroger en rien, même par leur conſentement mutuel.

Ce principe a lieu, non-ſeulement à l'égard des conventions expreſſes qui ſont portées par un contrat de mariage; mais encore à l'égard des conventions virtuelles & implicites, qu'on ſuppoſe intervenues entre les perſonnes qui ont contracté mariage. C'eſt pourquoi, lorſque des perſonnes ſoumiſes à une Coutume qui admet la communauté de biens entre mari & femme, ſans que les parties s'en ſoient expliquées, ont contracté mariage ſans paſſer aucun contrat de mariage, la convention virtuelle & implicite par laquelle ces perſonnes ſont cenſées s'en être rapportées à leur Coutume pour leurs conventions, & être en conſéquence convenues d'une communauté de biens, eſt une convention auſſi invariable, que ſi elle eût été expreſſe & portée par un contrat de mariage. Auſſi-tôt que le mariage a été célébré, il n'eſt plus permis aux parties d'y déroger, même par

un consentement mutuel, soit en déclarant qu'elles n'ont point entendu, en se mariant, contracter une communauté de biens, soit en convenant de la faire cesser pour l'avenir par une séparation de biens.

Même dans le cas auquel la dissipation que le mari fait de ses biens, fourniroit un juste sujet de séparation, les parties ne pouvant pas déroger à leur convention de communauté, ne peuvent par leur seul consentement convenir de la séparation; il faut qu'elle soit ordonnée par le Juge en connoissance de cause; comme nous le verrons en notre Traité de la Communauté.

19. Les conventions matrimoniales sont tellement irréformables, que les parties ne peuvent pas par leur contrat de mariage, se réserver la faculté de changer ou réformer quelqu'une desdites conventions, parce que ce seroit se réserver la faculté de s'avantager durant le mariage; ce qui n'est pas permis, *suprà*, *n.* 7.

Suivant ce principe, Lebrun, Traité de la Communauté, *liv.* 1, *ch.* 3, *n.* 9, décide que des parties qui se marient, avec clause d'exclusion de communauté, ne peuvent pas valablement se réserver

par leur contrat de mariage, la faculté de déroger, par la suite, pendant leur mariage, à cette clause, & d'établir entre elles la communauté, telle qu'elle est réglée par la Coutume. Dumoulin, sur l'article 110 de la Coutume de Paris, *n.* 4, décide la même chose, & dit que c'étoit de son temps l'avis du Barreau. Lebrun convient néanmoins que par un Arrêt du 27 Juillet 1634, rendu dans la famille de M. Thiersaut, rapporté par Brodeau sur Louet, *lettre* M, *ch.* 4, cette réserve a été confirmée; mais il ne croit pas qu'on doive suivre la décision de cet Arrêt.

Nous n'entreprenons pas de traiter de toutes les différentes especes de conventions matrimoniales; nous nous bornerons à celles qui sont le plus d'usage dans le Pays Coutumier : Nous commencerons par la Communauté, & les conventions qui y sont relatives.

TABLE DES CHAPITRES,

Sections, Articles & Paragraphes, contenus dans ce premier Tome.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, *pag.* 1.

PREMIERE PARTIE.

Des personnes entre lesquelles peut être contractée la Communauté : Du temps auquel elle commence : Et des choses dont elle est composée tant en actif que passif, 21

CHAPITRE PREMIER.

Des personnes entre lesquelles peut être contractée la Communauté, soit légale, soit conventionnelle ; & du temps auquel elle commence, ibid.

ART. I. *Des personnes entre lesquelles peut être contractée la Communauté, soit légale, soit conventionnelle,* ibid.

ART. II. *Du temps auquel commence la Communauté, soit légale, soit conventionnelle,* 23

CHAPITRE II.

Des choses dont est composée, tant en actif que passif, la Communauté légale, 26
SEC. I. *Des choses dont la Communauté est composée en actif,* ibid.
ART. I. *Des Meubles,* 27
§. I. *Des Meubles corporels,* 29
REGLES *sur les choses qui sont censées faire partie d'un fonds de terre,* 32
REGLES *sur les choses qui sont censées faire partie d'une maison ou d'un autre édifice,* 48
§. II. *Des Meubles incorporels,* 61
§. III. *Des exceptions que souffre le principe qui fait entrer dans la Communauté légale tous les meubles de chacun des conjoints,* 100
APPLICATION *de la Regle au titre de succession,* 115
APPLICATION *de la Regle aux Dons & Legs faits en avancement de succession, ou pour en tenir lieu,* 138
APPLICATION *de la Regle aux accommodemens de famille,* 149
APPLICATION *de la Regle aux partages,*

licitations & autres actes qui en tiennent lieu, 152

SUITE *des Regles pour distinguer ce qui est conquêt ou propre de Communauté,* 174

ART. II. *Des Fruits des Propres,* 234

SEC. II. *Du Passif de la Communauté,* 276

ART. III. *Des dettes des conjoints,* ibid.

§. I. *Des dettes que les conjoints ont contractées avant leur mariage,* 277

§. II. *Des dettes que les conjoints contractent durant le mariage,* 292

§. III. *Des dettes contractées par la femme durant la Communauté,* 303

§. IV. *Des dettes des successions qui écheent à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage pendant la Communauté,* 310

ART. II. *Des autres charges de la Communauté légale,* 324

CHAPITRE III.

De la Communauté conventionnelle, & des différentes conventions qui interviennent par rapport à la Communauté, 330

SEC. I. *De la Communauté conventionnelle,* ibid.

SEC. II. *Des différentes clauses qui peuvent intervenir dans les Contrats de Mariage par rapport à la Communauté,* 335

ART. I. *De la clause par laquelle les futurs*

conjoints conviennent que leur Communauté sera régie par une certaine Coutume, 335

ART. II. *De la convention d'apport à la Communauté,* 341

§. I. *Quelles sont les choses qui peuvent être imputées sur la somme que le conjoint a promis d'apporter à la Communauté,* 342

§. II. *Comment le conjoint doit-il justifier qu'il a fourni à la Communauté la somme qu'il a promis y apporter,* 349

§. III. *En quoi la convention d'apport d'une somme déterminée, différencie-t-elle la Communauté conventionnelle de la légale,* 353

ART. III. *De la convention d'ameublissement,* 355

§. I. *Quelles sont les différentes especes d'ameublissement; & quelles sont les différentes clauses qui renferment ou non, une convention d'ameublissement,* 357

§. II. *Si les Mineurs sont capables de la convention d'ameublissement,* 361

§. III. *Des effets des ameublissemens, tant généraux que particuliers de corps certains & déterminés,* 363

§. IV. *Des effets des ameublissemens indéterminés,* 370

ART. IV. *De la convention de réalisation, ou stipulation de propre,* 375

§. I. *De la simple convention de réalisation, ou stipulation de propre,* 376

§. II. *Des Extensions qu'on apporte par les Contrats de Mariage à la convention de réalisation*, 388
ART. V. *De la convention de séparation de dettes, & de la clause de franc & quitte*, 431
§. I. *De la convention de séparation de dettes*, 432
PREMIERE QUESTION. *Quelles sont les dettes comprises dans la convention de séparation de dettes*, 438
QUEST. II. *Quel est l'effet de la convention de séparation de dettes, tant à l'égard des conjoints entr'eux, que vis-à-vis leurs créanciers*, 447
§. II. *De la clause de franc & quitte*, 453
ART. VI. *De la clause de reprise de l'apport de la femme en cas de renonciation*, 471
§. I. *Quand y a-t-il ouverture au droit qui résulte de la convention pour la reprise de l'apport de la femme*, 473
§. II. *Au profit de qui la dissolution de Communauté donne-t-elle ouverture au droit résultant de la convention pour la reprise de l'apport*, 479
§. III. *Lorsque la convention pour la reprise de l'apport de la femme, a été ouverte, soit au profit de la femme, soit au profit de ses héritiers compris dans la convention, par*

qui l'action qui en résulte peut-elle être exercées ? 495

§. IV. *Quelles choses sont l'objet de cette convention,* 504

ART. VII. *De la convention du préciput,* 525

§. I. *Du préciput légal,* 526

§. II. *De la convention du préciput, & du préciput conventionnel,* 559

ART. VIII. *De quelques autres especes de conventions,* 573

§. I. *De la convention par laquelle on assigne à chacun des conjoints, ou à ses héritiers, des parts inégales au partage qui se fera des biens de la Communauté,* ibid.

§. II. *Du forfait de Communauté,* 577

§. III. *De la clause d'exclusion de Communauté,* 587

§ IV. *De la séparation contractuelle,* 589

Fin de la Table des Chapitres.

TRAITÉ

TRAITÉ DE LA COMMUNAUTÉ.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. LA Communauté entre conjoints par mariage, est une espece de société de biens qu'un homme & une femme contractent lorsqu'ils se marient.

2. Cette Communauté est fondée sur la nature même du mariage; le mariage étant *viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens*; Inst. *tit. de patr. pot.* §. 1. Cette convention entre l'homme & la femme, que le mariage renferme de vivre en commun pendant toute leur vie, fait présumer celle de mettre en commun leur mobilier,

leurs revenus, les fruits de leurs épargnes & de leur commune collaboration. Suivant l'ancien Droit François, la simple cohabitation produisoit une société tacite & taisible entre ceux qui avoient habité ensemble par an & jour; à plus forte raison, entre mari & femme.

3. Cette Communauté entre conjoints par mariage est exorbitante des sociétés ordinaires; dans celle-ci, chaque associé a un droit égal: au contraire, dans la Communauté entre conjoints, la puissance que le mari a sur la personne & les biens de sa femme, le rend chef de cette Communauté, & lui donne en cette qualité le droit de disposer à son gré à tel titre que bon lui semble, même de donation entre-vifs, de toutes les choses qui la composent, tant pour la part de sa femme que pour la sienne, sans le consentement de sa femme, laquelle, de son côté, n'a pas droit de disposer de rien; c'est pour cette raison que le mari est réputé, pendant que la Communauté dure, comme étant en quelque façon seul seigneur & maître absolu des biens dont elle est composée, & que le droit qu'y a la femme, n'est regardé, pendant que la Communauté dure, que comme un droit informe, qui se réduit au droit de

partager un jour les biens qui se trouveront la composer lors de sa dissolution. C'est ce qui a fait dire à Dumoulin, que cette Communauté étoit plutôt *in habitu, quàm in actu*, & que la femme durant le mariage, *non est propriè socia, sed speratur fore.* Molin. sur l'art. 109 de l'ancienne Coutume de Paris. *Voyez* la seconde Partie.

4. Le droit sur la communauté de biens entre mari & femme est différent dans les différentes Provinces du Royaume; on en distingue quatre especes.

La premiere espece de droit sur cette matiere, est le droit de la coutume de Paris, de celle d'Orléans, & de presque tout le pays coutumier, qui admet entre des conjoints par mariage, lorsqu'ils ne s'en sont pas expliqués, une communauté de biens, qui commence à l'instant de la bénédiction nuptiale, & qui a lieu quelque peu de temps que le mariage ait duré.

5. La seconde espece, est le droit de quelques coutumes, telles que celle d'Anjou, du Maine, Grand-Perche, Chartres, qui n'admettent une communauté de biens entre un mari & une femme qui ne l'ont pas expressément stipulée, que dans le cas auquel le mariage a duré au moins un an & jour.

Les dispositions de ces Coutumes, sont un reste de notre ancien Droit François, tel qu'il est décrit au grand Coutumier, *l.* 2, *chap.* 40, où il est dit : « *Nota*, que par usage & coutume deux » conjoints ou affins demeurans ensem» ble par an & jour sans faire division » ou protestation, ils acquierent l'un avec » l'autre communauté, quant aux meu» bles & conquêts ».

6. La troisieme espece de droit sur la matiere de la communauté de biens entre mari & femme, est le droit de quelques coutumes, & celui qui a lieu dans les Provinces régies par le Droit Ecrit, lequel n'admet pas de communauté de biens entre un homme & une femme qui se marient, s'ils ne l'ont stipulée, mais ne défend pas de la stipuler.

7. La quatrieme espece de droit, est celui de la coutume de Normandie. Cette coutume n'admet pas la communauté; elle dit en l'art. 389 : « Les personnes » conjointes par mariage ne sont com» munes en biens, soit meubles, soit » immeubles, ains les femmes n'y ont » rien qu'après la mort du mari » : elle accorde néanmoins à la femme un droit qui a quelque rapport au droit de communauté, en lui accordant, après la mort

du mari, la moitié des *conquêts faits* en bourgage constant le mariage, & le tiers en usufruit des *conquêts faits* hors bourgage, *art.* 329 : elle lui accorde outre cela, après la mort du mari, le tiers aux meubles, s'il y a des enfans, ou la moitié, s'il n'y en a point, en contribuant aux dettes pour sa part; hormis les funerailles & legs testamentaires, *art.* 392.

Quoique ce soit en considération de la collaboration de la femme, que la coutume accorde à la femme la part qu'elle lui accorde, ce n'est pas à titre de communauté, mais plutôt comme à titre de succession de son mari, à laquelle succession il est dit, *art.* 394, qu'elle peut renoncer.

La coutume de Normandie, non-seulement n'admet pas la communauté, mais elle défend de la stipuler; c'est ce qui résulte de l'*art.* 330, où il est dit : « Quelque accord ou convenant qui ait » été fait par le contrat de mariage, les » femmes ne peuvent avoir plus grande » part aux conquêts faits par le mari, » que ce qui leur appartient par la cou» tume, à laquelle les contractans ne » peuvent déroger ».

8. Dans les Coutumes de la premiere & de la seconde espece, qui admettent

une communauté entre homme & femme, ſans que les parties s'en ſoient expliquées, on diſtingue deux eſpeces de communauté; la conventionnelle, & la légale ou coutumiere.

9. La communauté conventionnelle, eſt celle qui a lieu entre des ronjoints par mariage par une convention expreſſe, intervenue entr'eux avant leur mariage, par laquelle ils ſont convenus qu'il y auroit communauté de biens entr'eux.

10. La communauté légale ou coutumiere, eſt celle qui a lieu entre des conjoints par mariage, ſuivant la loi du domicile qu'ils avoient lors de leur mariage, quand ils ne s'en ſont pas expliqués, & qui eſt compoſée tant en actif qu'en paſſif, des choſes dont cette loi déclare qu'elle doit être compoſée.

Quoique cette communauté ſoit appellée *légale*, ce n'eſt pas néanmoins, comme l'obſerve Dumoulin, la loi qui en eſt la cauſe immédiate; elle n'eſt pas formée, dit cet Auteur, *vi ipſius conſuetudinis immediatè & in ſe.* La cauſe immédiate qui produit & établit cette communauté, eſt une convention qui n'eſt pas, à la vérité, expreſſe & formelle, mais qui eſt virtuelle & implicite, par laquelle les parties en ſe mariant, qui

ne se sont pas expliquées sur leurs conventions matrimoniales, sont censées être tacitement convenues d'une communauté de biens, telle qu'elle a lieu par la coutume du lieu de leur domicile, suivant ce principe de Droit : *in contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris & consuetudinis ;* L. 31, §. 20, ff. *de ædilit. edicto.*

Cette communauté n'est appellée légale, que parce que c'est une communauté sur laquelle les parties par cette convention tacite, s'en sont entiérement rapportées à la Loi.

La Loi même, lorsqu'elle dit : *homme & femme sont uns & communs en tous biens-meubles*, &c. ne renferme pas un précepte ; elle n'ordonne pas à l'homme & à la femme qui se marient, d'être *uns & communs*, &c. puisqu'il leur est très-permis de convenir du contraire ; elle déclare seulement que l'usage est qu'ils sont censés être convenus d'être *uns & communs en tous biens-meubles*, &c. lorsqu'ils ne s'en sont pas expliqués avant leur mariage.

11. De-là il suit que lorsque des personnes domiciliées sous la Coutume de Paris ou sous quelqu'autre Coutume semblable, se sont mariées sans faire de

contrat de mariage, la communauté légale qui a lieu en ce cas, suivant la Coutume de Paris, entre ces personnes, s'étend à tous les héritages qu'elles acquerront durant leur mariage, fussent-ils situés dans des Provinces dont la Loi n'admet pas la communauté lorsqu'elle n'a pas été stipulée.

Telle est la doctrine de Dumoulin que d'Argentré contredit mal-à-propos, en disant que la Coutume de Paris n'ayant pas d'empire hors de son territoire, ne peut rendre conquêts un héritage situé hors de son territoire, & dans une Province dont la Loi n'admet la communauté, que lorsqu'elle est stipulée; d'où cet Auteur conclut, que lorsque des Parisiens se sont mariés sans faire de contrat de mariage, la femme ne peut pas prétendre droit de communauté dans un héritage situé dans le Lyonnois, que le mari aura acquis durant le mariage; mais seulement récompense du prix que le mari aura tiré de la communauté pour l'acquérir, la Coutume de Paris qui a établi leur communauté, ne pouvant rendre conquêts cet héritage, sur lequel elle n'a aucun empire.

Dumoulin a prévenu cette objection; & y a répondu, en disant que quoi-

que la communauté qui a lieu entre ces personnes de Paris, qui se sont mariées sans contrat de mariage, soit appellée communauté légale, ce n'est pas néanmoins la Loi Coutumiere de Paris qui la forme, & qui en est la cause immédiate; *non habet locum vi ipsius consuetudinis immediatè & in se:* ce n'est pas cette Loi Coutumiere qui imprime aux héritages acquis, durant cette communauté, la qualité de conquêts; la cause immédiate qui forme cette communauté, & qui donne aux héritages acquis pendant qu'elle dure, la qualité de conquêts, est la convention implicite que ces personnes ont eue d'avoir entr'elles une communauté en tous biens-meubles & conquêts-immeubles, telle que la Coutume de Paris, à laquelle elles s'en sont rapportées, déclare qu'il est d'usage & de coutume, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées: or cette convention que ces parties sont censées avoir eues, quoiqu'elle ne soit qu'implicite, n'en est pas moins une convention qui doit avoir la même effet que si elle étoit formelle & expresse, & qui doit par conséquent rendre communs & conquêts les héritages que chacune d'elles acquerra, quelque part qu'ils soient situés, comme l'au-

roit fait une convention expresse de communauté.

12. De-là il suit que la disposition des Coutumes qui admettent une communauté entre homme & femme sans que les parties s'en soient expliquées, n'est pas un statut réel qui ait pour objet immédiat les choses qui doivent entrer en communauté ; c'est plutôt un statut personnel, puisqu'il a pour objet immédiat, de régler les conventions que les personnes soumises à la Coutume, à raison du domicile qu'elles ont dans son territoire, sont censées avoir eu sur la communauté de biens, lorsqu'elles se sont mariées.

13. *Vice versâ* : lorsque deux personnes domiciliées dans le Lyonnois s'y sont mariées sans stipuler de communauté, la femme ne peut être fondée à prétendre, en vertu de la Coutume d'Orléans, droit de communauté dans un héritage situé sous la Coutume d'Orléans que son mari a acquis durant le mariage ; car ce n'est pas la Coutume d'Orléans qui imprime par elle-même la qualité *de conquêts* aux héritages que des personnes mariées acquierent durant leur mariage ; ce qui leur donne cette qualité, est la convention impli-

tite de communauté que ſont cenſées avoir eu des perſonnes qui étant lors de leur mariage domiciliées ſous la Coutume d'Orléans, ſont cenſées être convenues de ſe marier ſelon la Coutume d'Orléans ; mais ces Lyonnois qui lors de leur mariage n'avoient pas leur domicile à Orléans, mais à Lyon, ne peuvent être cenſés avoir eu aucune convention de communauté, puiſque le droit obſervé à Lyon, lieu de leur domicile, ſuivant lequel elles ſont cenſées avoir voulu ſe marier, n'en admet pas lorſqu'elle n'a pas été expreſſément ſtipulée.

14. Le principe que nous venons de poſer, que les parties qui contractent mariage, ſont cenſées s'en rapporter à la Loi de leur domicile ſur leurs conventions matrimoniales, lorſqu'elles ne s'en ſont pas expliquées, ne ſouffre pas de difficulté, lorſque les parties ont leur domicile dans la même Province ; mais que doit-on décider, lorſque l'une des parties eſt domiciliée dans une Province dont la Loi admet la communauté de biens, lorſque les parties ne s'en ſont pas expliquées, & que l'autre partie eſt domiciliée dans une autre Province, dont la Loi ne l'admet pas ? Il

faut décider en ce cas que c'est à la Loi du lieu du domicile de l'homme, que les parties doivent être censées s'en être rapportées : car la femme, qui en se mariant, suit le domicile de son mari, doit plutôt être censée s'être soumise à la Loi de ce domicile, qui par le mariage qu'elle va contracter, va devenir le sien, que le mari ne doit être censé s'être soumis à la Loi du domicile de la femme.

C'est pourquoi, si un Parisien va épouser à Lyon une femme pour l'emmener à Paris, & que les parties n'aient pas passé de contrat de mariage, elles doivent être censées être convenues d'une communauté de biens, suivant la Coutume de Paris, lieu du domicile de l'homme, quoique le droit observé à Lyon n'admette pas de communauté, lorsque les parties ne l'ont pas stipulée.

Vice versâ, si un Lyonnois va prendre femme à Paris pour l'emmener à Lyon, & qu'il n'y ait pas eu de contrat de mariage, il n'y aura pas de communauté; le droit observé à Lyon, lieu du domicile du mari, n'en admettant pas, si elle n'a été stipulée.

15. Si l'homme en se mariant avoit intention de fixer son domicile dans le

pays de la femme : par exemple, si un Lyonnois venoit à Orléans épouser une femme, dans le dessein de fixer son domicile à Orléans, ce Lyonnois seroit, en ce cas, censé avoir abdiqué son domicile de Lyon, & en avoir acquis un à Orléans, à la loi duquel il doit être censé s'être soumis.

16. Doit-on décider la même chose dans le cas auquel le Lyonnois auroit épousé l'Orléanoise à Paris dans le dessein d'aller établir son domicile à Orléans ? La raison de douter est que le domicile ne pouvant s'acquérir que *facto & animo*, le Lyonnois, en ce cas, lorsqu'il s'est marié, n'avoit pas encore perdu son domicile de Lyon, & n'en avoit pas encore acquis un à Orléans, où il n'étoit pas encore venu. Néanmoins il faut dire que quoique, lorsqu'il s'est marié, il n'eût pas encore acquis domicile à Orléans, il suffit qu'il eût dessein d'y fixer son domicile, pour qu'Orléans doive être censé le lieu de son domicile matrimonial, & pour qu'il soit en conséquence censé avoir voulu suivre pour son mariage les loix d'Orléans, plutôt que celles du domicile qu'il alloit quitter.

17. Nous avons vu de quelle nature

étoit le ſtatut des Coutumes qui établiſſent une communauté de biens entre mari & femme, lorſque les parties, en contractant mariage, ne s'en ſont pas expliquées. Il nous reſte à examiner de quelle nature eſt le ſtatut de la Coutume de Normandie qui la défend. L'aſſignera-t-on à la claſſe des ſtatuts réels, qui ont pour objet principal les choſes, tels que ſont ceux qui défendent de diſpoſer par donation ou legs des héritages propres, au-delà d'une certaine portion; ceux qui défendent aux maris & femmes de ſe donner, & une infinité d'autres? L'aſſignera-t-on plutôt à la claſſe des ſtatuts perſonnels, qui ont pour objet de régler l'état des perſonnes?

Si ce ſtatut étoit regardé comme un ſtatut réel, étant de la nature des ſtatuts réels qu'ils exercent leur empire ſur toutes les choſes ſituées dans leur territoire, à l'égard de quelque perſonne que ce ſoit, il s'enſuivroit que lorſqu'un homme, quoiqu'il n'eût pas ſon domicile en Normandie, acquerroit, durant ſa communauté avec ſa femme, un héritage en Normandie, cet héritage ne tomberoit pas dans ſa communauté, la loi de Normandie, à laquelle cet héritage ſe-

roit supposé sujet par sa situation, ne le permettant pas, & la femme ne pourroit prétendre dans cet héritage rien de plus que ce que la Coutume de Normandie, *art.* 329, accorde aux femmes dans les conquêts. Mais comme il ne doit pas être au pouvoir du mari de s'avantager des biens de la communauté, au préjudice de sa femme, le mari, en cas d'acceptation de communauté, devroit récompense à sa femme ou à ses héritiers de la moitié de la somme qu'il a tirée de sa communauté pour faire cette acquisition, sous la déduction de la valeur du droit qu'elle a dans l'héritage.

M. Boullenois, en sa question 5, nous atteste qu'au Parlement de Paris, la disposition de la Coutume de Normandie, qui défend la communauté entre conjoints par mariage, est regardée comme un statut personnel, qui a pour objet de régler l'état des personnes; la communauté, qui est l'objet de ce statut, étant quelque chose qui appartient à l'état des personnes mariées.

En conséquence, suivant la nature des statuts personnels, qui n'exercent leur empire que sur les personnes do-

miciliées dans leur territoire ; la disposition de la Coutume de Normandie, qui défend la communauté, est censée n'avoir lieu qu'à l'égard des personnes, qui, lorsqu'elles contractent mariage, ont leur domicile en Normandie, à l'effet qu'elles ne puissent convenir d'une communauté.

18. Les personnes soumises à cette loi, par le domicile qu'elles ont dans la Province de Normandie, ne peuvent pas l'éluder en allant passer leur contrat de mariage dans une Province dont les loix admettent la communauté, avec l'intention de revenir en Normandie, après qu'elles auront célébré leur mariage. Boullenois, en sa question 5^e^, décide avec raison que la convention de communauté, portée par le contrat de mariage, que ces parties ont passé en ce lieu, n'est pas plus valable que si leur contrat eût été passé en Normandie ; les loix du lieu où un acte se passe, ne réglant que les formes extérieures de l'acte, ce sont celles du lieu du domicile des parties contractantes, auxquelles leurs personnes demeurent toujours soumises en quelque lieu qu'elles aillent contracter ; qui réglent leurs

engagements personnels, & les conventions qui leur sont permises ou interdites.

19. Lorsqu'il n'y a que l'une des parties qui contractent mariage, qui soit de Normandie, & que l'autre est de Paris, ou de quelqu'autre Province, dont les loix admettent la communauté, on convient assez que si c'est le Parisien qui est allé prendre femme en Normandie pour l'emmener à Paris, il y aura communauté, suivant la Coutume de Paris; qu'au contraire il n'y aura pas de communauté, lorsque c'est un Normand qui est allé prendre femme à Paris, & que les parties ne se sont pas expliquées par le contrat de mariage sur la communauté.

La question sur laquelle les avis sont partagés, est de sçavoir, si lorsqu'un Normand vient à Paris épouser une Parisienne, pour l'emmener en Normandie, la Parisienne peut, par une convention expresse de son contrat de mariage, stipuler valablement la communauté? On tient la négative en Normandie: la raison est que l'homme étant sujet à la Coutume de sa Province de Normandie, dans laquelle il a dessein

de retourner, il ne peut pas convenir d'une communauté contre une disposition prohibitive de cette Coutume qui la lui défend : envain dit-on que la Parisienne n'étant pas encore, lors de la passation de son contrat de mariage, sujette à la Coutume de Normandie, a pu valablement stipuler une communauté de biens : car pour qu'une convention soit valable, il ne suffit pas que l'une des parties soit capable de cette convention ; il faut que les deux parties le soient : il ne suffit donc pas, pour que la convention de communauté, portée au contrat, soit valable, que la Parisienne ait été capable de cette convention ; le Normand, avec qui la convention est intervenue, en étant incapable par une loi de sa Province qui la lui interdit, la convention ne peut être valable.

Au contraire, à Paris, on juge que cette convention est valable. On dit que la Coutume de Normandie, en défendant la convention de communauté, n'a entendu la défendre que dans les mariages qui se contractoient entre des personnes qui seroient l'une & l'autre de la Province ; qu'elle n'a point entendu gèner la liberté qu'ont les hommes

de contracter mariage avec des femmes d'autres Provinces, ni par conséquent les empêcher de contracter mariage en ce cas, suivant les loix de la Province de la femme qu'ils épousent. Comme on ne manque pas, en ce cas, de faire passer le contrat de mariage par un Notaire du Châtelet de Paris, le Scel de ce Châtelet, qui est attributif de Jurisdiction, attire au Châtelet de Paris la connoissance des contestations qui pourroient s'élever après la dissolution du mariage sur les clauses du contrat de mariage, & elles y sont jugées suivant cette Jurisprudence.

Nous diviserons en six Parties ce Traité de la Communauté entre conjoints par mariage : nous traiterons dans la premiere Partie, des personnes entre lesquelles elle peut être contractée ; du temps auquel elle commence, & des choses dont elle est composée, tant en actif que passif : dans la seconde, du droit des conjointe sur les choses dont la communauté est composée pendant qu'elle dure : dans la troisieme, de la dissolution de la communauté, & du droit qu'ont la femme ou ses héritiers de l'accepter ou d'y renoncer : dans la

quatrieme, de la liquidation & du partage qui sont à faire après la dissolution de communauté : dans la cinquieme, nous verrons comment chacun des conjoints ou ses héritiers sont tenus des dettes de la communauté : nous traiterons dans la sixieme partie, de la continuation de communauté.

PREMIERE PARTIE.

Des personnes entre lesquelles peut être contractée la Communauté : Du temps auquel elle commence : Et des choses dont elle est composée, tant en actif qu'en passif.

CHAPITRE PREMIER.

Des personnes entre lesquelles peut être contractée la Communauté, soit légale, soit conventionnelle ; & du temps auquel elle commence.

ARTICLE PREMIER.

Des personnes entre lesquelles peut être contractée la Communauté, soit légale, soit conventionnelle.

20. LA communauté, soit légale, soit conventionnelle, étant un effet civil du mariage, c'est une conséquence qu'elle ne peut être contractée que par des personnes capables de contracter ensemble un mariage civil. C'est pourquoi si

l'une des parties qui ont contracté mariage ensemble, étoit alors privée de l'état civil par une condamnation à une peine capitale, ne pouvant y avoir eu de mariage civil entre ces personnes, il n'y aura pas entr'elles de communauté conjugale. Cela a lieu, à plus forte raison, lorsque le mariage non-seulement n'est pas un mariage civil, mais est absolument nul.

Néanmoins la bonne foi de l'une des parties qui a eu une juste cause d'ignorance de l'empêchement à la légitimité ou à la validité du mariage, peut donner les effets civils à ce mariage, quoiqu'il ne soit pas mariage civil, & même quoiqu'il soit absolument nul, & en conséquence la communauté conjugale aura lieu entre ces personnes. *Voyez* notre Traité du Mariage, *n.* 437 *& suiv.*

21. Lorsque des étrangers, quoique non naturalisés, mais domiciliés en France sous une Coutume qui admet la communauté de biens, sans qu'il soit besoin de la stipuler, y contractent mariage, sans passer aucun contrat de mariage; la communauté légale a lieu entre ces personnes : il est vrai que ces personnes ne sont pas capables du droit civil, qui n'a été établi que pour les Citoyens,

tel que le droit des teſtaments, des ſucceſſions, du retrait lignager ; mais elles ſont capables de ce qui appartient au droit des gens, telles que ſont toutes les conventions : or la communauté légale n'eſt fondée que ſur une convention, que les perſonnes qui contractent mariage ſont préſumées avoir eue d'établir entre elles une communauté, telle que la loi de leur domicile l'établit *ſuprà*, *n.* 10, de laquelle convention, de même que de toutes les autres conventions, les étrangers ſont capables : la communauté légale peut donc avoir lieu entre ces perſonnes ; à plus forte raiſon la conventionnelle.

ARTICLE II.

Du temps auquel commence la communauté, ſoit légale, ſoit conventionnelle.

22. La communauté légale ne commençoit autrefois qu'au coucher, comme l'obſerve Lauriere en ſa note ſur l'*art.* 220 de la Coutume de Paris, c'eſt-à-dire, lorſqu'il y avoit lieu de préſumer que le mariage avoit reçu ſa conſommation par le commerce charnel des conjoints.

La nouvelle Coutume de Paris, *art.* 230, a abrogé cet ancien droit. Elle dit : *Commence la communauté du jour des épousailles & bénédiction nuptiale.*

Cela a lieu dans toutes les Coutumes du Royaume, qui admettent une communauté légale, non-seulement dans celles qui l'admettent indistinctement quelque peu de temps que le mariage ait duré, mais même dans celles qui ne l'admettent, que lorsque le mariage a duré un an & jour ; car dans celles-ci la co-habitation, que les conjoints par mariage ont eue par an & jour, fait présumer qu'elles ont eu la volonté de contracter une communauté, aussi-tôt qu'elles ont contracté mariage. C'est pourquoi Dumoulin, en sa note sur l'*art.* 508 de la Coutume du Maine, dit : *Trahitur retrò ad diem nuptiarum.*

La communauté conventionnelle commence aussi du jour de la bénédiction nuptiale, & non du jour du contrat de mariage, par laquelle elle est stipulée; c'est ce qui paroît par ces termes usités dans les contrats de mariage, *les futurs* SERONT *uns & communs ;* ces termes, qui sont au futur, font connoître que l'intention des parties est de ne commencer cette communauté qu'au temps auquel

auquel commencera leur mariage. D'ailleurs la communauté entre conjoints par mariage étant différente des sociétés qui se contractent entre d'autres personnes, & ayant des caracteres qui lui sont propres, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 3, elle ne peut avoir lieu que lorsque les parties ont acquis, par la célébration du mariage, cette qualité de *conjoints par mariage.*

CHAPITRE II.

Des choses dont est composée, tant en actif que passif, la Communauté légale.

SECTION PREMIERE.

Des choses dont la Communauté est composée en actif.

24. L'ARTICLE 220 de la Coutume de Paris nous dit quelles sont les choses dont la communauté légale est composée en actif. Il est conçu en ces termes : « Homme & femme conjoints ensemble par mariage sont communs en » biens-meubles & conquêts-immeubles, » faits durant & constant ledit mariage. »

La Coutume ne fait que deux especes principales de choses qui composent la communauté légale, les *meubles* & les *conquêts*.

Nous traiterons des meubles dans un premier article, des conquêts dans un second ; nous ajouterons un troisieme article dans lequel nous traiterons des fruits des propres de chacun des con-

joints, qui ſont perçus ou échus durant la communauté.

Si l'article de la Coutume ci deſſus rapporté, n'en a pas parlé, & n'en a pas fait une troiſieme eſpece de choſes dont eſt compoſée la communauté légale, c'eſt parce qu'ils ſont renfermés dans celle des meubles, ou même quelquefois dans celle des conquêts ; néanmoins ces fruits conſtituent véritablement une troiſieme eſpece de choſes dont la communauté eſt compoſée, comme nous le verrons en ſon lieu.

ARTICLE PREMIER.

Des Meubles.

25. La Coutume en diſant qu'homme & femme ſont uns & communs *en meubles*, comprend, ſous la généralité de ces termes *en meubles*, tous les meubles de chacun des conjoints, de quelqu'eſpece qu'ils ſoient, non-ſeulement les meubles corporels, mais pareillement les effets mobiliers incorporels, ces choſes étant compriſes ſous le terme général *de meubles*. La Coutume d'Orléans, *art.* 186, pour ne laiſſer aucun doute ſur ce point, s'en eſt expliquée, en diſant : *ſont uns & communs en biens meubles, dettes actives*. Pluſieurs

autres Coutumes s'en sont pareillement expliquées.

26. La Coutume de Paris comprend aussi, sous la généralité des termes dont elle se sert, tant les biens-meubles qui appartiennent à chacun des conjoints lors du mariage & dès-auparavant, que ceux acquis depuis. C'est ce qui paroît par la ponctuation du texte ; il est dit: *Sont communs en biens-meubles, & conquêts-immeubles faits durant & constant leur mariage:* la virgule étant posée après ces mots, *en biens-meubles*, n'y en ayant point après les mots *conquêts-immeubles*; il s'ensuit que les termes restrictifs qui suivent, *faits durant & constant leur mariage*, ne se rapportent qu'aux *conquêts-immeubles*, & non aux meubles.

On peut encore tirer argument de ce que la Coutume de Paris, dans l'article suivant, charge expressément la communauté, du mobilier passif de chacun des conjoints, soit qu'il ait été contracté après ou auparavant le mariage: l'actif mobilier doit donc pareillement y entrer, soit qu'il soit d'auparavant, soit qu'il soit depuis le mariage. Enfin l'article 186 de la Coutume d'Orléans, rédigée trois ans après celle de Paris, par les mêmes Commissaires, & qui doit servir à l'interpréter,

s'en explique formellement. Il y est dit : « Homme & femme sont uns & communs » en biens-meubles, dettes actives & pas-» sives, faits TANT AUPARAVANT LEUR » MARIAGE *que durant icelui.* »

Pour faire connoître plus en détail quelles sont les choses qui, sous le nom de meubles, composent la communauté légale, nous verrons dans un premier §. quelles sont les choses corporelles qui sont meubles & qui entrent en conséquence dans la communauté légale : dans un second, quelles sont les choses incorporelles qui sont réputées meubles & qui entrent en conséquence dans cette communauté : enfin, dans un troisieme, nous traiterons de quelques exceptions que souffre le principe.

§. I.

Des Meubles corporels.

27. Les choses corporelles sont les êtres physiques, les choses *quæ tangi possunt :* elles sont meubles ou immeubles.

28. On appelle *meubles* celles qui sont transportables d'un lieu à un autre, & qui ne font pas partie de quelque fonds d'héritage ou de maison.

29. Quelque grand que soit le volume

de ces choſes qui ſont tranſportables d'un lieu à un autre, & quelque grand qu'en ſoit le prix, elles ne laiſſent pas de paſſer pour meubles & d'entrer en conſéquence dans la communauté. Par exemple, de grands vaiſſeaux qui appartiennent à un armateur entrent dans la communauté légale de cet armateur avec ſa femme. La Coutume de Calais, *tit.* 1, *art.* 3, & celle de Normandie, *art.* 519, en ont des diſpoſitions.

30. Par la même raiſon, quelque grande que ſoit la dignité de l'homme, dans nos colonies les Négres qui ſont nos eſclaves, ſont regardés comme biens-meubles, & entrent par conſéquent dans la communauté légale.

La Déclaration du Roi du mois de Mars 1685, a apporté une exception à cette régle; elle porte que les eſclaves ſont meubles *s'ils ne ſont attachés à la terre.* La Loi entend par ces termes, *s'ils ne ſont attachés à la terre*, ceux qui ſont deſtinés principalement, & à perpétuité, à la culture des terres de quelqu'habitation; ces eſclaves ne ſont pas *meubles*, parce qu'ils ſont cenſés faire partie d'un fonds de terre, c'eſt-à-dire, de l'habitation à la culture des terres de laquelle ils ſont deſtinés; ils ſont cenſés ne faire qu'un ſeul & même tout

avec cette habitation, & par conſéquent ils n'entrent dans la communauté légale qu'autant que l'habitation à laquelle ils ſont attachés ſeroit un conquêt qui y entreroit.

A l'égard de tous les autres eſclaves, tels que ſont ceux qui ſont employés, ſoit au ſervice de la perſonne de leur maître, comme un valet-de-chambre, un cocher, un cuiſinier, ſoit à quelqu'autre miniſtere qui ne les attache pas à une terre; cette Déclaration du Roi les déclare meubles, & ils doivent par conſéquent entrer dans la communauté légale.

31. Pour bien connoître quelles choſes doivent paſſer pour meubles, & entrer en conſéquence dans la communauté légale, il faut établir quelques regles qui ſervent à diſcerner quelles ſont les choſes qui ſont cenſées faire partie d'un fonds de terre ou d'une maiſon, & quelles ſont celles qui n'en ſont pas partie & qui doivent en conſéquence être réputées meubles.

REGLES *sur les choses qui sont censées faire partie d'un fonds de terre.*

32. *Premiere regle.* Les édifices qui sont construits sur un fonds de terre, sont partie de ce fonds de terre suivant la regle : *quod solo inædificatur, solo cedit. Instit. tit. de rer. divis.* §. 31.

33. *Seconde regle.* Les semences qui ont été jettées dans une terre, sont aussi-tôt partie de la terre dans laquelle elles ont été jettées : *quæ sata sunt, solo cedere intelliguntur. Instit. d. tit.* §. 34.

34. *Troisieme regle.* Il en est de même des arbres & des arbustes, & même des oignons de fleurs qui sont plantés en pleine terre ; ils sont partie du fonds de terre où ils ont été plantés, aussi-tôt qu'ils y ont été plantés.

Si néanmoins quelqu'un, par erreur, avoit planté dans sa terre un arbre qui ne lui appartînt pas, ou avoit, par erreur, planté son arbre dans une terre qui ne lui appartenoit pas, l'arbre conserveroit sa qualité de meuble, & ne seroit pas censé faire partie de la terre où il a été planté jusqu'à ce qu'il y fût attaché par les racines qu'il y auroit poussées. *Inst. d. tit.* §. 33.

La regle souffre une autre exception à l'égard des arbres des pépinieres, qui sont transplantés de la terre qui les a produits, dans une autre terre où ils sont mis comme en dépôt pour s'y nourrir & s'y fortifier, jusqu'à ce qu'on les en arrache pour être vendus : ces arbres conservent leurs qualités de meubles qu'ils ont acquises lorsqu'ils ont été arrachés de la terre où ils sont nés ; ils ne sont pas censés faire partie de la terre où ils ont été transplantés, n'y ayant point été plantés pour perpétuelle demeure ; & n'y étant que comme en dépôt, jusqu'à ce qu'ils en soient arrachés pour être vendus, ils entrent par conséquent dans la communauté légale.

A l'égard des arbustes & des fleurs qui sont plantés dans des pots & dans des caisses, il n'est pas douteux que ce sont choses meubles, comme le sont les pots & les caisses où ils sont plantés.

35. *Quatrième regle.* Les choses placées sur un fonds de terre, quoiqu'elles n'y soient que légérement cohérentes, lorsqu'elles y sont plantées pour perpétuelle demeure, en sont censées faire partie.

Suivant cette regle, les échalas qui servent à attacher les vignes, quoiqu'ils ne soient que très-légérement cohérens à la

terre où ils sont piqués, font partie de cette terre, parce qu'ils y sont placés pour perpétuelle demeure, & destinés à y servir à cet usage jusqu'à ce qu'ils soient entiérement usés & qu'ils ne puissent plus servir.

36. Suivant cette même regle, un moulin à vent est censé faire partie du sol sur lequel il est placé, parce qu'il y est placé pour perpétuelle demeure, quoiqu'il n'y soit point attaché.

Plusieurs Coutumes en ont des dispositions. Paris, *art.* 90; Orléans, *art.* 352.

A l'égard des moulins assis sur bateaux, tels que nous en avons sur notre riviere de Loire, ils sont meubles, puisque les bateaux sur lesquels ils sont assis le sont. Orléans, *art.* 352. Plusieurs autres Coutumes en ont des dispositions; la seule Coutume de Berry, *tit.* 4, *art.* 3, les déclare immeubles.

L'article 90 de la Coutume de Paris, dit, à la vérité, indistinctement, que les moulins à eau sont immeubles, mais cela ne doit être entendu que de ceux qui sont construits sur des pilotis, enfoncés sur le sol de la riviere, & non de ceux qui sont assis sur bateaux.

37. Un moulin à vent n'étant censé immeuble & faire partie du fonds de terre

ſur lequel il eſt placé, que parce qu'il y eſt placé pour perpétuelle demeure; c'eſt une conſéquence qu'il ne doit être réputé tel, que lorſqu'il y a été placé par le propriétaire de la terre, & qu'il en doit être autrement s'il y avoit été placé par un uſufruitier ou par un fermier de la terre; car on ne peut pas dire, en ce cas, qu'il ait été placé pour perpétuelle demeure, l'uſufruitier & le fermier étant préſumés ne l'avoir placé que pour le temps que devoit durer l'uſufruit & le bail, & devant l'emporter après la fin de l'uſufruit ou du bail; le moulin doit donc, en ce cas, paſſer pour une choſe meuble, qui doit en conſéquence entrer dans la communauté légale de l'uſufruitier ou du fermier.

38. A l'égard des échalas, quoiqu'ils aient été placés dans la vigne par un uſufruitier ou un fermier, ils ne laiſſent pas d'y être réputés placés pour perpétuelle demeure, & faire en conſéquence partie de la vigne, l'uſufruitier & le fermier étant, en leur qualité d'uſufruitier ou de fermier, obligés d'entretenir la vigne d'échalas, & d'y laiſſer, après la fin de l'uſufruit ou du bail, ceux qu'ils y ont mis.

39. *Cinquieme regle.* Les choſes qui ſont

réputées faire partie d'un fonds de terre, continuent même, pendant qu'elles en sont détachées, à être réputées en faire partie, tant qu'elles sont destinées à y être replacées.

Suivant cette regle, les oignons de fleurs qu'on ôte de la terre d'un jardin l'hiver pour les y replanter au printemps, continuent d'être reputés faire partie de ce jardin, tant qu'ils sont destinés à y être replantés.

Suivant cette regle, les échalas qu'on détache de la vigne pendant l'hiver pour y être replacés au printemps, continuent, même pendant ce temps, d'être réputés faire partie de la vigne.

Cette destination suffit bien pour conserver à ces choses la qualité d'immeuble & de partie de la terre, lorsqu'elles l'ont une fois acquise; mais elle ne suffit pas pour la leur faire acquérir.

C'est pourquoi si j'ai acheté d'un jardinier des oignons de tulipe pour les planter dans un jardin, cette destination ne les empêche pas d'être choses meubles, & ils ne commencent à être réputés faire partie de mon jardin que lorsqu'ils y auront été plantés.

Pareillement, si j'ai fait amener dans ma maison de vigne des échalas pour

être employés dans mes vignes, cette destination ne les empêche pas de conserver la qualité de meubles, & ne leur fera pas acquérir celle d'immeuble & de partie de la vigne, jusqu'à ce qu'ils y aient été piqués en terre, & que la vigne y ait été attachée.

C'est ce qu'enseigne Ulpien, en la Loi 17, §. 11, ff. de act. empt. *Pali qui vineæ causâ parati sunt antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hâc mente ut collocentur, fundi sunt.*

40. *Sixieme regle.* Les pailles qui sont nées dans une terre, & les fumiers qui y sont faits par les animaux qui servent à son exploitation, étant dès leur naissance destinés à demeurer toujours dans cette terre, à y être enterrés pour la fumer, & à être par-là en quelque façon identifiés avec cette terre, sont réputés en faire partie.

C'est en conséquence de ce principe qu'Ulpien décide que lorsqu'une terre est vendue ou léguée, les pailles & les fumiers qui y sont, appartiennent à l'acheteur ou au légataire, comme en faisant partie : *fundo vendito vel legato, sterquilinium & stramenta emptoris & legatarii sunt.* D. L. 17, §. 2.

Comme c'est cette destination qui fait

regarder les pailles & fumiers comme faisant partie de la terre, il faudroit décider autrement, si l'usage du pere de famille étoit de les vendre plutôt que de les employer à fumer sa terre; ils seroient en ce cas réputés meubles, & entreroient par conséquent dans la communauté légale du propriétaire de ces pailles & fumiers avec sa femme.

C'est la distinction que faisoit Trebatius : *in sterquilinio distinctio Trebatii probanda est, ut si quidem stercorandi agri causâ comparatum sit, emptorem sequatur* (*tanquam pars fundi venditi*), *si vendendi, venditorem* (*quasi hoc casu non sit pars fundi venditi, sed res mobilis distincta à fundo*). *d.* §. 2.

41. *Septieme regle.* Les choses qui sont de nature à n'être pas par elles-mêmes *in bonis nostris*, & qui ne nous appartiennent qu'à raison de quelqu'une de nos terres où elles se trouvent, sont censées faire partie de cette terre.

Suivant cette regle, les animaux qui sont dans leur liberté naturelle dans un certain lieu, font partie de ce lieu où ils sont dans leur liberté naturelle.

Par exemple, les poissons sont censés faire partie de l'étang, les lapins de la garenne, les pigeons du colombier,

où ils se trouvent dans leur liberté naturelle, & avec lesquels ils sont censés ne faire qu'un seul & même tout.

La raison est que suivant les principes du Droit, les animaux *feræ naturæ* ne sont proprement *in bonis* que lorsque nous les tenons *sub manu & custodiâ nostrâ* : le propriétaire d'un étang où il y a des poissons, d'une garenne où il y a des lapins, d'un colombier où il y a des pigeons, est donc seulement propriétaire d'un étang empoissonné, d'une garenne peuplée de lapins, d'un colombier peuplé de pigeons, plutôt qu'il ne l'est des poissons, des lapins, & des pigeons qui y sont. Ces animaux n'étant donc pas, quant au domaine que le propriétaire de l'étang, de la garenne ou du colombier peut en avoir, quelque chose de distingué de l'étang, de la garenne & du colombier où ils sont dans leur liberté naturelle; ils ne peuvent entrer *per se* & comme choses meubles dans la communauté légale de ce propriétaire avec sa femme; ils ne peuvent y entrer qu'autant que l'étang, la garenne & le colombier avec lesquels ils sont censés ne faire qu'un seul & même tout, seroient des conquêts qui y entreroient.

Mais lorsque ces animaux ne sont pas dans leur liberté naturelle & sont *sub manu nostrâ*, tels que sont les poissons que nous avons dans un réservoir, ou les poissons d'un étang dont la bonde est levée & qui est mis à sec, tels que sont pareillement les lapins qu'on éleve dans un grenier ou clapier, & les pigeons qu'on éleve sous une mue ou qui sont enfermés dans une voliere; ces animaux en ce cas nous appartiennent *per se*, comme choses meubles, & entrent en cette qualité dans la communauté légale.

Cette distinction se trouve dans plusieurs de nos Coutumes; celle de Paris, *art.* 91, dit : « poisson étant en étang ou « en fosse est réputé immeuble (1), mais « quand il est en boutique au réservoir, » est réputé meuble. » Notre Coutume d'Orléans, *art.* 355, dit la même chose; cette distinction se trouve dans l'Auteur du grand Coutumier.

Elle se trouve dans les Loix Romaines. Ulpien, en disant : *pisces qui sunt in piscinâ* (dans un réservoir) *non sunt ædium nec fundi, non magis quàm pulli.* L. 15. L. 16, ff. *de act. empt.* laisse à conclure

(1) Comme ne faisant qu'un seul & même tout avec l'étang, où il est *in libertate naturali*

qu'il en est autrement lorsqu'ils sont *in stagno, in laxitate naturali.*

Paul, en la Loi 3, §. 14, ff. *de acquir. possessione : feras bestias quas* (1) *vivariis incluserimus & pisces quos in piscinas conjecerimus à nobis possideri, sed eos pisces qui in stagno sunt, aut feras quæ in silvis circumseptis vagantur à nobis non possideri* (2), *quoniam relictæ sunt in libertate naturali.*

Cette distinction étant prise dans la nature des choses, doit être observée par-tout où les Coutumes ne s'en sont pas expliquées.

42. De ce que la Coutume déclare immeubles les poissons qui sont dans un étang dans leur liberté naturelle, Chopin sur la Coutume de Paris, & Lebrun en son Traité de la Communauté, en ont mal-à-propos conclu que les abeilles devoient aussi être pareillement réputées immeubles, parce qu'elles sont dans leur liberté

---

(1) *Gellius*, Noct. Attic. 11, 20, *ait vivaria, septa quædam loca esse in quibus feræ vivæ pascuntur, quæ à Varrone appellantur Leporaria* (des Clapiers) *à Scipione* Roboraria *quòd ea plerumque tabulis Roboreis septa essent.*

(2) *Possidemus tantum stagnum piscibus refertum, aut sylvam feris bestiis refertam.*

naturelle dans leurs ruches, où elles ne sont pas tenues enfermées, & d'où elles vont & viennent où il leur plaît. La fausseté de cette conséquence est évidente: si les poissons qui sont dans un étang sont immeubles, c'est parce que l'étang avec lequel ils sont censés ne faire qu'un seul & même tout, est un immeuble.

Au contraire, une ruche avec laquelle les abeilles qui y sont dans leur liberté naturelle, ne compose qu'un même tout; étant un meuble qui entre en cette qualité dans la communauté légale, les abeilles de cette ruche qui ne font qu'un seul tout avec la ruche, doivent pareillement avoir la qualité *de meuble* & entrer avec la ruche dans la communauté légale.

43. De tout ce qui vient d'être dit, résulte la différence des animaux *feræ naturæ*, & des animaux domestiques.

A l'égard des animaux *feræ naturæ*, tant qu'ils sont *in naturali laxitate*, nous ne sommes ni possesseurs ni propriétaires de ces animaux *per se*, nous ne le sommes que *ratione loci nostri in quo sunt*. Il en est tout autrement des animaux domestiques, tels que sont la volaille & autres animaux d'une basse-cour; ce n'est point *ratione loci nostri in quo sunt*, que

nous sommes possesseurs & propriétaires de ces animaux ; nous sommes possesseurs & propriétaires de ces animaux *per se* ; & comme ces animaux sont par eux-mêmes quelque chose de meuble, ils sont à notre égard un bien meuble, qui doit par conséquent entrer dans la communauté légale.

Cela a lieu même à l'égard des animaux qui servent à l'exploitation des terres, tels que sont les chevaux, les bœufs, les vaches, les troupeaux de moutons ; nous sommes possesseurs & propriétaires de ces animaux *per se*, comme d'un bien meuble, & ils doivent entrer en cette qualité dans la communauté légale ; nous ne sommes pas propriétaires de ces animaux *ratione fundi*, à l'exploitation duquel ils servent ; ces animaux, de même que toutes les autres choses qui servent à l'exploitation d'une terre, n'en sont pas pour cela partie : *instrumentum fundi non est pars fundi*. L. fin. ff. de suppell. leg. L. 2. §. 1. ff. de instrum. leg.

44. Quoique tel soit le droit qui doit être observé tant qu'il n'y aura pas de loi contraire, néanmoins je ne puis m'empêcher de témoigner qu'il seroit à desirer qu'il y eût une loi qui attachât

au domaine d'"une terre ,. celui des beſtiaux qui ſervent à ſon exploitation, en ordonnant que les beſtiaux qui ſervent à l'exploitation d'une terre, ſeroient réputés en faire partie; & qu'en conſéquence, en matiere de communauté, ils n'y tomberoient qu'autant que la terre y ſeroit apportée; qu'en matiere de ſucceſſion, l'héritier aux propres qui ſuccede à la terre, ſuccederoit auſſi aux beſtiaux de cette terre; qu'en matiere de retrait, le retrayant retireroit la terre avec les beſtiaux; qu'en matiere de garde noble dans les Coutumes qui donnent les meubles du mineur au gardien, le gardien ne pourroit s'attribuer comme biens meubles les beſtiaux des terres de ſes mineurs. Faute d'une telle loi, à combien d'inconvénients eſt-on exposé, qui ſont contraires au bien de l'agriculture? Une femme qui avoit une terre bien garnie de beſtiaux, s'eſt mariée ſans faire de contrat de mariage : elle eſt obligée, après la mort de ſon mari, de renoncer à la communauté, & de laiſſer en conſéquence aux héritiers ou créanciers de ſon mari tous les beſtiaux de ſa terre qui ſont entrés dans la communauté à laquelle elle a renoncé; elle n'a pas de grands moyens pour en ache-

ter une quantité suffisante, elle ne pourra pas bien faire valoir sa terre. En matiere de succession & en matiere de retrait, un héritier aux propres succede à une terre sans succéder aux bestiaux qui appartiennent à l'héritier au mobilier; un retrayant retire la terre sans retirer les bestiaux : cet héritier & ce retrayant n'ont pas le moyen d'en acheter une quantité suffisante, la terre sera mal cultivée; l'inconvénient est encore bien plus frappant en matiere de garde noble, dans les Provinces dont la loi donne au gardien en propriété tous les meubles échus à son mineur de la succession du prédécédé de ses pere & mere; ce mineur à la fin de sa garde trouvera ses terres sans bestiaux, qui comme effets mobiliers appartiennent à son gardien; comment fera-t-il valoir ses terres?

Le Législateur a déja reconnu l'utilité qu'il y a à ne pas séparer d'une terre les bestiaux qui servent à son exploitation, en ordonnant, par l'Ordonnance de 1747, *art.* 6, contre la disposition du Droit Romain, que les bestiaux servants à l'exploitation d'une terre seroient censés compris dans la substitution de la terre, quoique le testateur ne s'en fût pas expliqué.

On me pardonnera cette digreſſion.

45. *Huitieme regle.* Les fruits & productions de la terre, tant qu'ils y ſont encore pendants, ſont partie de la terre qui les a produits, avec laquelle ils ſont cenſés ne faire qu'un ſeul & même tout, & une ſeule & même choſe.

Mais auſſi-tôt qu'ils en ſont ſéparés, ils commencent à être une choſe particuliere diſtinguée de la terre dont ils faiſoient auparavant partie, *incipiunt habere propriam* οὐσίαν, & il eſt évident que cette choſe qu'ils commencent d'être eſt une choſe meuble, puiſqu'elle eſt tranſportable d'un lieu à un autre.

Cette doctrine eſt puiſée dans les Loix Romaines. Gaius nous dit : *fructus pendentes pars fundi videntur.* L. 44, ff. *de rei vind.* & Ulpien dit : *fructus perceptos villæ non eſſe conſtat.* L. 17, §. 1, ff. *de act. empt.* La Coutume de Paris, *art.* 92, dit pareillement : « bois coupé, » bled, foin ou grain ſoié ou fauché, » ſuppoſé qu'il ſoit encore ſur le champ » & non tranſporté eſt meuble ; mais » quand il eſt ſur pied & pendant par les » racines, il eſt réputé immeuble »

La Coutume dit : *ſuppoſé qu'il ſoit encore sur le champ*, c'eſt-à-dire, *quoiqu'il soit encore ſur le champ* ; la raiſon eſt que

c'eſt ſa ſéparation de la terre à laquelle il étoit uni, qui le rend une choſe meuble qui exiſte ſéparément de la terre, & n'en fait plus partie ; il ſuffit donc que ce bois, ce bled, ce foin ſoit ſéparé de la terre, quoiqu'il ſoit encore ſur le champ, pour qu'il ſoit une choſe meuble.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 354, dit pareillement : « fruits pendants par » les racines ſont héritage ».

46. Suivant la regle que nous venons d'expoſer, les arbres des pepinieres qui tiennent encore à la terre qui les a produits des pepins qui y ont été ſemés, ſont cenſés faire partie de cette terre, & ne faire qu'un ſeul & même tout avec elle.

Mais lorſqu'ils en ont été arrachés & ſéparés, ils deviennent une choſe meuble diſtinguée de cette terre.

Ils conſervent même cette qualité de choſes meubles, lorſqu'ils ſont haubinés, c'eſt-à-dire, tranſplantés dans une autre terre, où ils ſont mis comme en dépôt pour s'y fortifier quelque temps juſqu'à ce qu'on les en arrache pour les vendre ; car n'étant que comme en dépôt dans cette terre, ils n'en ſont pas partie, comme nous l'avons vu *ſuprà N.* 34.

Voyez *infrà*, art. 3, une limitation

apportée par quelques Coutumes, à la regle que les fruits pendants sont immeubles.

REGLES sur les choses qui sont censées faire partie d'une maison ou d'un autre édifice.

47. La Coutume de Paris établit à cet égard une regle en l'article 90, qui est conçue en ces termes : « ustenciles » d'hôtel qui se peuvent transporter sans » fraction & détérioration sont réputés » meubles ; mais s'ils tiennent à fer & » à cloux, & sont scellés en plâtre, & » sont mis pour perpétuelle demeure, & » ne peuvent être transportés sans fraction & détérioration, sont censés & réputés immeubles ».

Cette regle est imparfaite, car il y a des choses, qui sans être attachées à fer & à cloux, sont censées faire partie de la maison ; & d'autres qui quoiqu'attachées à fer & à cloux, ne sont pas censées en faire partie ; il est donc nécessaire pour éclaircir la matiere d'établir les regles suivantes.

48. *Premiere regle.* Les choses qui sont dans une maison ou autre édifice pour perpétuelle demeure en font partie ; *secus* s'ils

s'ils n'y sont que pour un temps.

Cette regle est prise de la Loi 17, §. 7, ff. *de act. empt. Labeo generaliter scribit ea quæ perpetui usûs causâ in ædificiis sunt, ædificii esse, quæ verò ad præsens, non esse ædificii.*

49. *Seconde Regle.* Les choses qui sont tellement attachées à un édifice, qu'il ne soit pas facile de les en détacher, sont présumées y être pour perpétuelle demeure, & faire partie de la maison & édifice où elles sont attachées.

C'est conformément à cette regle que la Coutume de Paris, *art.* 90, & notre Coutume d'Orléans, *art.* 353, décident qu'un pressoir est réputé immeuble, comme faisant partie de l'édifice ou maison où il est construit.

Cela ne doit s'entendre que des grands pressoirs à arbre ou à roue; on a depuis inventé des petits pressoirs à auge qui peuvent facilement être transportés d'un lieu à un autre; ces petits pressoirs sont choses meubles.

Les anciens avoient aussi de petits pressoirs qui pouvoient facilement se déplacer, & c'est de ces petits pressoirs qu'on doit entendre ce que dit Ulpien : *multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villæ haberi, ut putà vasa vinaria,* TORCU-

LARIA *quoniam hæc instrumenti magis sunt; quamvis ædificio cohærent; d.* L. 17, ff. *de act. empt.*

50. Ce qu'il dit aussi que les vases où on met le vin, quoiqu'enfoncés en terre, sont meubles, ne doit s'entendre que de ceux qu'on peut facilement déplacer, & non de ces grands foudres qui ne peuvent facilement l'être; c'est ainsi que Cujas concilie cette Loi avec la Loi 21, ff. *de instrum. leg.* où il est dit: *dolia, molæ olivariæ, prelum & quæcumque infixa sunt, inædificataque sunt, fundi sunt.*

A l'égard des cuves dont nous nous servons dans nos maisons de vignes qui ne sont point enfoncées en terre ni cohérentes, & qui peuvent par conséquent facilement se déplacer, il ne peut être douteux que ces cuves sont de purs meubles, & qu'elles ne sont pas censées faire partie du lieu où elles se trouvent, *sunt magis instrumenta fundi, quàm sunt pars fundi.*

Plusieurs Coutumes ont suivi ces distinctions: celle de Melun, *art.* 283, dit: » Cuves & baignoires sont réputées meu» bles; mais si elles ne se peuvent ôter » sans faire ouverture ou sans désassem» bler, sont réputées immeubles. »

Normandie, *art.* 515, dit: » Cuves &

» tonnes sont réputées immeubles quand
» elles ne peuvent être enlevées sans
» désassembler. »

Tours, *art.* 224; Calais, *art.* 3; Châlons, *art.* 108, disent la même chose.

Ces Coutumes apportent pour exemple les cuves & chaudieres de Brasseurs, de Teinturiers, de Tanneurs, assises en terre.

Laon, *art.* 101, répute meubles les cuves & autres gros ustenciles qui peuvent se désassembler & transporter sans grande détérioration.

51. Les presses d'Imprimerie, les métiers de Tisserand, quoiqu'attachés au lieu où ils sont, pouvant en être facilement déplacés, ne sont point pareillement regardés comme faisant partie de la maison où ils sont, mais ils sont de purs meubles. Cela a été ainsi jugé pour les presses de l'Imprimerie du célebre Robert Etienne, par un Arrêt rapporté par tous les Commentateurs.

52. Il n'en est pas de même d'une forge de Maréchal ou de Serrurier, ne pouvant être déplacée du lieu où elle est construite, sans être entiérement démolie, elle est censée mise pour per-

pétuelle demeure, & faire partie de la maiſon où elle eſt conſtruite.

53. *Troiſieme Regle.* Les choſes qui peuvent facilement être déplacées du lieu où elles ſont, ne laiſſent pas d'être cenſées faire partie de la maiſon, lorſqu'elles y ſervent à completter la partie de la maiſon où elles ſont placées, *cùm poſita ſunt ad integrandam domum*; mais ſi elles n'y ſervent que d'ornement & d'ameublement, ou pour l'exercice du métier de la perſonne qui habite la maiſon, *ſi poſita ſunt ad inſtruendam domum*, elles ne ſont pas cenſées faire partie de la maiſon, & ſont de ſimples meubles.

Cette regle eſt le développement de ce que dit Ulpien : *ea eſſe ædium ſolemus dicere quæ pars ædium ſunt. . . . . . vel propter ædes habentur*; L. 13, §. *fin.* ff. *de act. empt.*

54. Suivant cette regle, les marbres ou les boiſeries dont on revêtit un chambranle de cheminée, ou les murs d'une chambre, quoiqu'ils puiſſent être aſſez facilement détachés, ſont cenſés y être pour perpétuelle demeure ; car ces choſes ſervent à completter & perfectionner les murs qu'ils revêtiſſent, leſquels

ſans cela ſeroient trop nuds & trop malpropres, & auxquels il manqueroit quelque choſe.

C'eſt par cette raiſon qu'Ulpien dit en la Loi 17, §. 3, ff. *de act. empt. cruſtæ marmoreæ ædium ſunt.*

Par la même raiſon, le parquet d'une chambre eſt cenſé faire partie de la maiſon, car il ſert à cette chambre de *pavimentum*; & le *pavimentum* d'une chambre eſt quelque choſe qui fait partie de la chambre.

55. A l'égard des glaces & des tableaux qui ſont encadrés dans une cheminée; ſi ce qui eſt derriere la glace ou le tableau ſont les briques de la cheminée ou quelque planche qui ne ſoit pas de même parure que le reſte de la cheminée, en ce cas la glace ou le tableau paroît être mis pour completter cette partie de la maiſon; car la cheminée ſeroit imparfaite, & il y manqueroit quelque choſe, ſi derriere le tableau ou la glace il n'y avoit que les briques ou quelque planche de parure différente du reſte de la cheminée; le tableau ou la glace étant donc en ce cas mis *ad integrandam domum*, il eſt cenſé en faire partie: *quæ tabulæ pictæ pro tecto-*

rio includuntur, ædium sunt; L. 17, §. 3, ff. *act. empt.*

Au contraire, si ce qui est derriere la glace ou le tableau est de même parure que le reste de la cheminée, en ce cas la cheminée ayant toute sa perfection indépendamment de la glace qu'on y a attachée, on ne peut pas dire en ce cas que la glace serve *ad integrandam domum*, elle ne sert que *ad instruendam domum*, & elle ne doit pas, suivant notre principe, être censée faire partie de la maison, mais elle doit être regardée comme un meuble.

56. Lorsque dans la construction d'un grand vestibule on a pratiqué des niches, les statues qui sont attachées dans ces niches sont censées faire partie de la maison, car elles sont placées *ad integrandam domum*; elles servent à completter cette partie de la maison; car les niches n'étant faites que pour y placer des statues, il manqueroit quelque chose au vestibule, s'il n'y avoit pas de statues placées dans les niches.

C'est de ces statues qu'on doit entendre ce que dit Papinien : *Papinianus ait: sigilla* (1) *& statuæ affixæ, instrumento do-*

(1) *Id est parva signa* : de petites statues.

mûs non continentur, sed domûs portio sunt; L. 12, §. 23, ff. *de instrum. leg.*

57. Un contrefeu attaché avec des pattes de fer à un mur de cheminée fait partie de la maison; il sert à garantir le mur de la cheminée de l'ardeur du feu qui le brûleroit & le dégraderoit : la cheminée en est donc plus parfaite & plus complette lorsqu'elle a ce contrefeu; il sert donc *ad integrandam domum*, *propter ædes habetur.*

58. Les cloisons, les retranchemens, les alcoves, *&c.* sont aussi censés faire partie de la maison, puisqu'ils en composent la distribution.

59. Les rateliers d'une écurie doivent aussi, suivant cette regle, être réputés immeubles, comme faisant partie de l'écurie, car ils servent à la completter; il manqueroit quelque chose à une écurie, pour pouvoir être écurie, si elle n'avoit pas des rateliers.

Par la même raison, lorsqu'un bâtiment a été construit exprès, pour être une raffinerie de sucre, les grandes chaudieres qui y sont enfoncées en terre & scellées en maçonnerie, sont censées faire partie de l'édifice, auquel il manqueroit quelque chose, & qui ne seroit pas une raffinerie sans ces chaudieres.

60. *Quatrieme Regle.* Les choses qui servent à completter la maison, quoiqu'elles n'y soient pas attachées, sont aussi censées faire partie de la maison; telles sont les choses qui servent à la clôture de la maison ou de quelque partie de la maison, comme les clefs, les cadenats, les planches qui servent à fermer la boutique le soir, & qu'on ouvre le matin, les coulisses de nattes, les chassis, un couvèrcle de puits: *ædium multa esse, quæ ædibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut putà, seras, claves, claustra*; L. 17, ff. *act. empt. opercula puteorum quamvis non sunt adfixa, ædium esse constat. d.* L. 17, §. 8.

61. Par la même raison, l'artillerie qui est dans un château ou forteresse, quoiqu'elle n'y soit point attachée, est censée y être pour perpétuelle demeure & en faire partie; car elle sert à completter ce château ou forteresse, qui ne peut être château ou forteresse sans artillerie. Plusieurs Coutumes en ont des dispositions: Berri, Tours, Nivernois, Bourbonnois, Laon, Amiens, *&c.*

C'est par la même raison que les Arrêts ont jugé que dans les terres où il y a une chapelle, qui est une des dépendances de la terre, les vases sacrés,

ornemens & autres choses qui y servent à la célébration du Service Divin, devoient être réputées immeubles, comme y étant pour perpétuelle demeure & servant à completter cette partie de la terre, qui ne seroit pas Chapelle sans ces choses qui servent à y célébrer le Service Divin. La Coutume d'Amiens en a une disposition.

Il faut décider autrement, dans le cas auquel un Seigneur a obtenu pour cause d'infirmité, la permission de l'Evêque de faire célébrer la Messe dans son hôtel à Paris; le lieu où on la célebre n'étant pas établi Chapelle pour toujours, les vases sacrés & ornemens qui servent pour la célébration de la Messe, ne sont pas dans l'hôtel pour perpétuelle demeure, & sont de purs meubles.

62. *Cinquieme Regle.* Les choses attachées à une maison qui en font partie, continuent d'en faire partie lorsqu'elles en sont détachées, tant qu'elles sont destinées à y être replacées; mais celles qui n'ont pas encore fait partie de la maison, quoiqu'elles soient destinées à y être attachées & à en faire partie, & qu'elles aient déja été apportées pour cet effet dans la maison, ne commencent à en faire partie que lorsqu'elles y ont été

attachées comme elles doivent l'être : *ea quæ ex ædificio detracta ſunt ut reponantur, ædificii ſunt : at quæ parata ſunt ut imponantur, non ſunt ædium, d.* L. 17, §. 10.

Quòd inſulæ causâ paratum eſt, ſi nondum perfectum eſt, quamvis poſitum in ædificio ſit, non tamen videtur ædium eſſe; d. L. 17, §. 5. *Adde*, L. 18, §. 1, ff. *d. tit.*

Suivant cette regle, ſi une maiſon a été incendiée ou eſt tombée de vieilleſſe, les matériaux qui en reſtent conſervent leur qualité d'immeubles, tant qu'ils peuvent paroître deſtinés à la reconſtruction de la maiſon ; mais lorſque le propriétaire paroît avoir abandonné le deſſein de reconſtruire ſa maiſon, ces matériaux ſéparés du ſol ſont choſes meubles.

63. *Sixieme Regle.* Les choſes attachées ou non attachées à une maiſon, qui ſeroient cenſées en faire partie ſi elles y avoient été miſes par le propriétaire, ne ſont pas cenſées en faire partie lorſqu'elles y ont été miſes par un uſufruitier ou un fermier, leſquels, ou leurs héritiers, ont le droit de les détacher & de les emporter à la fin de l'uſufruit ou du bail.

La raiſon eſt que l'uſufruitier ou le fermier eſt cenſé ne les avoir placées que pour le temps de ſon uſufruit ou de ſon bail; c'eſt une conſéquence de la premiere regle.

° Cette regle ſouffre exception à l'égard des clefs; celles que l'uſufruitier ou le locataire d'une maiſon a fait faire pour cette maiſon, font partie de cette maiſon; & le locataire de même que les héritiers de l'uſufruitier ne peuvent, après la fin du bail ou de l'uſufruit, les retenir, & ils ſont tenus de les remettre au propriétaire, perſonne ne pouvant avoir droit de retenir les clefs d'une maiſon qu'il n'a plus le droit d'habiter. Le locataire a ſeulement en ce cas le droit de répéter du propriétaire le prix de ces clefs, s'il l'avoit mis en demeure de les lui fournir.

A l'égard des choſes attachées à fer & à clou que le fermier ou uſufruitier qui les a placées dans une maiſon a droit d'enlever, obſervez que le propriétaire a droit de les retenir, en offrant de récompenſer ledit fermier ou uſufruitier du prix qu'elles valent.

64. Toutes les choſes qui, ſelon les regles que nous venons d'établir, ſont cenſées faire partie d'un fonds de terre

ou d'une maiſon, n'étant point conſidérées *in ſe* & comme choſes meubles, mais comme ne faiſant qu'un ſeul & même tout, & une ſeule & même choſe avec le fonds de terre ou la maiſon dont elles ſont partie, elles ne peuvent entrer dans la communauté légale, à moins que le fonds de terre ou la maiſon dont ils ſont partie, ne fût un conquêt.

65. Outre les choſes qui ſont partie d'un fonds de terre ou d'une maiſon, il y a encore certaines choſes qui, quoiqu'étant conſidérées *in ſe*, ſont choſes meubles, ſont néanmoins réputées immeubles comme étant l'acceſſoire d'un droit immobilier avec lequel elles ſont cenſées ne faire qu'un ſeul tout & une même choſe:

Tels ſont les moulins aſſis ſur bateaux, lorſqu'ils ſont bannaux : quoique ces bateaux *in ſe* ſoient choſes meubles, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 36, néanmoins étant l'acceſſoire d'un droit de bannalité, qui eſt un droit immobilier, ils ſont réputés immeubles ; c'eſt ce que nous apprenons d'une note de Dumoulin, ſur l'article 282 de la Coutume de Bourbonnois, qui dit que *moulins aſſis ſur bateaux*, ſont cenſés meubles : *ſcilicet*, dit Dumoulin en ſa note,

quando sunt liberæ facultatis, secùs si annexum habeant jus servitutis, & alii teneantur ibi molituram facere. La Coutume de Tours, *art.* 221, en a une disposition.

§. II.

Des Meubles incorporels.

66. Les choses incorporelles qui sont êtres moraux *quæ in jure consistunt* ne sont pas proprement susceptibles de la qualité de meubles ni de la qualité d'immeubles ; car ces choses ne subsistant que dans l'entendement, & ne pouvant être dans aucun lieu, on ne peut pas dire, ni qu'elles sont transportables d'un lieu à un autre, ni qu'elles ne peuvent changer de lieu.

Néanmoins notre Droit François ayant distribué les biens, c'est-à dire, toutes les choses que nous avons *in bonis*, en biens-meubles & en biens-immeubles, il a fallu assigner les choses incorporelles que nous avons *in bonis*, à l'une ou à l'autre de ces deux classes de biens.

Pour connoître quelles sont les choses incorporelles qui entrent en qualité de biens mobiliers dans la communauté légale, il est nécessaire d'établir quelques

regles, qui fassent connoître quelles sont les choses incorporelles qui sont de la classe des biens-meubles, & quelles sont au contraire celles qui sont de la classe des biens immeubles.

67. *Premiere regle.* Les droits que nous avons à cause de quelqu'un de nos héritages, qui étant des droits de cet héritage, sont censés ne faire qu'une seule & même chose, & qu'un seul & même tout avec lui, sont droits immobiliers qui appartiennent à la classe des biens immeubles.

Tels sont tous les droits de servitudes prédiales, comme le droit de passer sur l'héritage voisin pour la commodité du nôtre; le droit d'obliger l'héritage voisin à recevoir les eaux du nôtre, *&c.* Ces droits de servitude sont des droits qui ne nous appartiennent qu'à cause de notre heritage à qui la servitude est due; ce sont des droits & *des qualités* de cet héritage qui ne sont qu'une seule & même chose avec lui, *quid aliud sunt jura prædiorum, quàm prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo*; L. 86, ff. *de verb. sig.*, & par conséquent il ne peut être douteux qu'ils sont de la classe des biens-immeubles comme l'héritage auquel ils sont attachés.

Tel eſt pareillement un droit de patronage réel attaché à une de nos terres: il n'eſt pas douteux que ne faiſant qu'un ſeul & même tout avec la terre dont il eſt inſéparable, il eſt, comme la terre, de la claſſe des biens-immeubles.

68. *Seconde regle.* Les droits que nous avons dans un héritage, qu'on appelle *jus in re*, ou droit foncier, appartiennent à la claſſe des biens-immeubles, comme l'héritage qui en eſt le ſujet, & dans lequel nous avons ce droit.

Tels ſont les droits de directe ſeigneuriale que nous avons ſur des héritages qui relevent de nous en fief ou en cenſive; les droits de champart & terrages; les droits de dixmes; les droits de rentes foncieres que nous avons ſur les héritages qui en ſont chargés; les droits de ſervitude perſonnelle que nous avons ſur les héritages qui en ſont chargés, comme ſont les droits d'uſufruit, d'uſage, *&c.*

La raiſon eſt, que le droit que nous avons dans un héritage, le *jus in re* eſt en quelque façon l'héritage même qui eſt cenſé en quelque façon nous appartenir en partie, quant au droit que nous y avons, lequel eſt un démembrement du droit de domaine de propriété qu'en a le

propriétaire ; ce droit doit donc suivre la nature de l'héritage, & être comme lui de la classe des biens-immeubles.

Il en est de même des droits qu'on a dans un territoire, tels que les droits de justice, de bannalité, de corvées, *&c.*

69. *Troisieme regle.* Les droits de créance personnelle qui naissent de l'obligation qu'une personne a contractée envers nous de nous donner une chose, & qu'on appelle *jus ad rem*, sont réputés mobiliers ou immobiliers, suivant la nature de la chose due qui fait l'objet du droit de créance, & dans laquelle ce droit de créance doit se fondre, se terminer & se réaliser.

C'est pourquoi la créance d'une somme d'argent ou de quelqu'autre chose meuble, est un droit mobilier ; au contraire, la créance que j'ai d'un héritage ou de quelqu'autre immeuble contre une personne qui s'est obligée de me le donner, est un droit immobilier. C'est ce qu'on exprime par cet axiome, *actio ad mobile, est mobilis ; actio ad immobile, est immobilis.*

La raison est, qu'on considere dans un droit de créance, la chose en laquelle elle doit se réaliser, c'est-à-dire, celle

que le créancier a droit d'espérer d'acquérir du débiteur; en exécution de l'obligation qu'il a contractée de la lui donner; c'est en ce sens qu'on dit: *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*; L. 15, ff. *de reg. jur.*

On peut apporter une infinité d'exemples de cette regle : le contrat de vente d'un héritage nous en fournit un.

Le droit de créance qu'a le vendeur contre l'acheteur, est un droit mobilier; car il tend à lui faire acquérir une somme d'argent qui lui est due pour le prix de l'héritage, laquelle somme d'argent est une chose meuble; c'est donc *actio ad mobile*; & par conséquent un droit mobilier.

Au contraire, le droit de créance qu'a l'acheteur contre le vendeur pour se faire donner l'héritage qui lui a été vendu, est un droit immobilier; c'est *actio ad immobile*, puisqu'il tend à lui faire acquérir l'héritage, qui est un immeuble.

70. Lorsque j'ai vendu à un marchand de bois des arbres sur pied qui sont sur mon héritage, le droit de créance qu'a cet acheteur contre moi, qui naît de l'obligation que j'ai contractée envers lui de les lui laisser abattre & enlever, est un droit mobilier; car quoique ces ar-

bres que je lui ai vendus, fussent, au temps du contrat, quelque chose d'immeuble, comme faisant partie du fonds de terre dont ils n'étoient pas encore séparés, néanmoins ne lui ayant pas vendu le fonds, son droit de créance ne tend à lui faire acquérir les arbres qu'après qu'il les aura séparés du fonds : or, aussi tôt qu'ils en sont séparés, ils deviennent meubles; son droit de créance ne tend donc qu'à lui faire acquérir des meubles, il doit se terminer à des meubles; c'est donc un droit *ad mobile*, & par conséquent un droit mobilier.

71. Par la même raison, le droit de créance qu'a le fermier d'un héritage contre le locateur pour qu'il l'en fasse jouir, n'est qu'une créance d'un droit mobilier; car le droit de ce fermier ne tend pas à lui faire acquérir l'héritage qui lui a été donné à ferme, mais seulement à lui faire avoir la faculté d'en percevoir les fruits, & d'acquérir lesdits fruits par la perception qu'il en fera; ces fruits devenant choses meubles par la perception qui s'en fait, son droit ne tend donc qu'à lui faire acquérir quelque chose de meuble : c'est *actio ad mobile*, & par conséquent un droit mobilier.

Le droit d'un fermier, qui résulte d'un simple bail à ferme, est bien différent de celui d'un usufruitier, d'un emphiteute, d'un preneur par bail à longues années; le droit de ceux-ci est un droit dans l'héritage *jus in re*, lequel, suivant la seconde de nos regles, est un droit immobilier; au-lieu que le droit d'un fermier n'est qu'un droit de simple créance personnelle; c'est ce qui paroît bien par la loi *emptorem* 9. *Cod. loc.* qui décide que, lorsque celui qui a donné à ferme ou à loyer son héritage, l'a vendu sans charger l'acheteur de l'entretien du bail; l'acheteur n'est pas tenu de l'entretenir, & peut expulser le fermier: au-lieu que ceux qui ont un droit dans un héritage, peuvent réclamer leur droit en quelques mains que l'héritage passe, quoiqu'on n'en ait pas chargé les acquéreurs. *Voyez notre Traité du Contrat de Louage*, n. 288.

72. Le droit de créance qui résulte d'une obligation de dommages & intérêts, en laquelle s'est convertie une obligation primitive, par son inexécution, est un droit mobilier; car ces dommages & intérêts devant se liquider & se terminer à une somme d'argent, la créance de ces dommages & intérêts *tendit ad mobile*.

73. *Quatrieme regle.* Lorsqu'un héritage

eſt dû avec pluſieurs choſes mobiliair quoique ce ſoit l'héritage qui ſoit principal objet de la créance, elle n'eſt néanmoins immobiliaire que par rapport à l'héritage : elle eſt mobiliaire par rapport aux choſes mobiliaires qui ſont dues ; & elle entre, par rapport auxdites choſes, dans la communauté légale.

Par exemple, ſi peu avant mon mariage on m'a vendu un héritage avec tous les meubles qui y ſont, dont la tradition ne m'avoit pas encore été faite lors de mon mariage, la créance qui réſulte de cette vente n'eſt immobiliaire que par rapport à l'héritage; elle eſt créance m bili ire par rapport aux meubles qui m'o été vendus avec l'héritage, & elle ent en cette qualité par rapport auxdits me bles, dans la communauté légale q je contracte avec ma femme en me m riant.

Cela eſt conforme au principe ci-deſſ cité, *qui actionem habet, ipſam rem habere videtur.* Si ma créance avoit été acquittée avant mon mariage; ſi lors de mon mariage l'héritage & les meubles qui y ſont, m'euſſent déja appartenu, il n'y eût eu que l'héritage qui eût été propre de communauté; les meubles qui y ſont, ſe-

roient entrés dans la communauté légale; ma créance doit donc, par rapport auxdits meubles, y entrer, comme s'ils m'appartenoient déja.

74. *Cinquieme regle.* Lorſque deux choſes ſont dues ſous une alternative, dont l'une eſt immeuble, & l'autre eſt meuble, la qualité de la créance eſt en ſuſpens jusqu'au paiement; elle eſt cenſée avoir été immobiliaire, ſi c'eſt l'immeuble qui eſt payé, ou mobiliaire, ſi c'eſt le meuble.

Par exemple, ſi quelqu'un m'avoit légué une telle maiſon, ou la ſomme de dix mille livres, la créance qui réſulte de ce legs, qui m'étoit dû lors de mon mariage, ſera cenſée une créance mobiliaire, qui, comme telle, eſt entrée en la communauté légale, ſi par la ſuite c'eſt la ſomme de dix mille livres qui m'eſt payée; au contraire elle ſera cenſée avoir été immobiliaire, & en conſéquence propre de communauté, ſi c'eſt la maiſon qui m'eſt délivrée.

Si le Teſtateur, au-lieu de laiſſer le choix à l'héritier chargé du legs, m'en avoit accordé le choix, c'eſt le choix que je ferois, ou de la maiſon ou de la ſomme d'argent, qui décideroit, ſi la créance eſt mobiliaire ou non, & ſi elle

est entrée en la communauté ou non.

Voyez notre Traité des Obligations, *n.* 254.

Y a-t-il lieu, en ce cas, à quelque récompense? *Voyez infrà, Partie* 4.

75. *Sixieme regle.* Lorsqu'il n'y a qu'u chose due, quoiqu'avec une faculté accordée au débiteur de payer une autre chose à la place; c'est la nature de la chose due qui regle la qualité de la créance, & non celle de la chose qui a été payée à la place.

Par exemple, si quelqu'un m'a fait un legs en ces termes: « *Je legue à un tel* » *la somme de dix mille livres, en paie-* » *ment de laquelle il sera néanmoins per-* » *mis à mon héritier de lui donner une* » *telle maison qui est de la valeur de ladite* » *somme;* » la créance qui résulte de ce legs qui m'a été fait, n'est pas une créance alternative de la somme de dix mille livres ou de la maison; la somme de dix mille livres est la seule chose due; la maison qu'on peut me payer à la place de cette somme ne m'est pas proprement due, elle n'est pas *in obligatione*, elle n'est qu'*in facultate solutionis:* c'est pourquoi cette créance étant la créance d'une somme d'argent, qui est la seule chose due, est une créance mobiliaire, qui,

en cette qualité, ſi le legs n'étoit pas encore acquitté lors de mon mariage, entrera dans la communauté légale; & quoique par la ſuite, le débiteur m'ait donné la maiſon en paiement de cette créance, ſuivant la faculté qu'il en avoit, elle ne laiſſera pas d'être réputée avoir été une créance mobiliaire; & la maiſon qui m'a été donnée en paiement, appartiendra à ma communauté, comme étant donnée en paiement d'une créance qui lui appartenoit.

Pareillement, ſi le legs m'avoit éte fait en ces termes: « *Je legue à un tel une* » *telle maiſon que mon héritier pourra re-* » *tenir, en lui payant la ſomme de dix mille* » *livres à la place;* » la créance qui réſulte de ce legs, n'eſt pas alternative: la maiſon eſt la ſeule choſe due; la ſomme que l'héritier peut payer à la place, n'eſt qu'*in facultate ſolutionis*: cette créance étant donc la créance d'une maiſon, eſt une créance immobiliaire, laquelle, ſi elle n'étoit pas encore acquittée lorſque je me ſuis marié, ſera un propre de communauté; & ſi depuis mon mariage, l'héritier me paie la ſomme de dix mille livres à la place, ſuivant la faculté qui lui a été accordée, j'aurai remploi de cette ſomme de dix mille livres, comme

ayant été reçue en paiement d'une créance qui m'étoit un propre de communauté. Voyez notre Traité des Obligations, *n.* 244.

76. *Septieme regle.* La créance d'une ſomme d'argent ou autre choſe mobiliaire, quoiqu'elle ſoit accompagnée d'un droit d'hypotheque même ſpéciale ſur quelque héritage du débiteur, ne laiſſe pas d'être un droit mobilier, qui, comme tel, entre dans la communauté légale.

Quoique le droit d'hypotheque étant un droit dans l'héritage hypothéqué *jus in re*, à ne ſe conſidérer qu'en lui-même, pût paroître être de nature immobiliaire, néanmoins ce droit d'hypotheque n'étant qu'un acceſſoire de la créance perſonnelle à laquelle il eſt attaché, lorſque cette créance eſt par elle-même mobiliaire, le droit d'hypotheque ne peut pas la rendre immobiliaire; car ce n'eſt pas de la choſe acceſſoire que la choſe principale doit ſuivre la nature, c'eſt au contraire l'acceſſoire qui ſuit la choſe principale, *acceſſorium ſequitur principale*: d'où il ſuit que les créances de choſes mobiliaires, quoiqu'hypothécaires, ne laiſſent pas de tomber comme droits mobiliers dans la communauté légale, & elles y entrent avec tous les droits d'hy-

potheque dont elles sont accompagnées, suivant la regle *accessorium sequitur principale.*

77. *Huitieme regle.* Pour juger si un droit de créance personnelle est mobilier ou immobilier, & s'il doit en conséquence entrer ou non dans la communauté légale, on ne considere que la chose qui en est l'objet, c'est-à-dire, la chose due; & on n'a aucun égard à la cause d'où le droit de créance procede.

Cette maxime est la contradictoire d'une que Lebrun a hasardée en son Traité de la Communauté, *liv.* 1, *chap.* 5. Cet Auteur avance que la créance d'une somme d'argent, qui appartient à l'un des conjoints lors de leur mariage, n'entre point dans la communauté légale, lorsqu'elle a pour cause le prix de quelque immeuble dont ce conjoint a disposé avant son mariage, parce qu'elle représente en quelque façon cet héritage, qui ne seroit point entré en communauté, si on n'en eût pas disposé.

Suivant ce principe, Lebrun décide que lorsque l'un des conjoints a vendu avant son mariage un héritage, la créance du prix qui lui en est dû lors de son mariage, ne doit pas entrer dans la communauté. Suivant le même principe, il

décide que la créance qu'auroit l'un des conjoints, lors de son mariage, contre son tuteur, pour raison de ses principaux de rente qui ont été remboursés par ses débiteurs à son tuteur, n'entre pas dans la communauté.

Il décide encore, suivant le même principe, que la créance d'une somme de deniers due à l'un des conjoints lors de son mariage, pour le retour d'un partage d'immeubles qu'il avoit fait avant son mariage avec ses co-héritiers, n'entre pas dans la communauté. Lebrun, pour établir son principe, se fonde sur ce qui s'observe à l'égard du passif de la communauté, où on a effectivement égard quelquefois à la cause d'où procéde la dette passive d'un conjoint, pour décider si la communauté en doit être chargée, comme nous le verrons *infrà, section II*; mais on n'en peut tirer aucune conséquence pour l'actif, comme nous le ferons voir *dicto loco*.

Ce principe de Lebrun est contredit par son Annotateur, qui cite un arrêt qui a jugé contre le principe de Lebrun, que la créance d'une somme d'argent due à l'un des conjoints pour retour d'un partage d'immeubles fait avant le mariage, étoit entré dans la communauté légale,

lequel est rapporté par Louis sur l'*art.* 254 de la Coutume du Maine.

Renusson, en son Traité de la Communauté, *part.* 1, *chap.* 3, *n.* 15, rapporte le même arrêt, & en suit la décision.

En établissant la fausseté du principe de Lebrun, nous établissons notre huitieme regle, qui n'est autre chose que la proposition contradictoire de ce principe.

78. *Neuvieme regle.* La créance d'une somme d'argent qu'a l'un des conjoints lorsqu'il se marie, ne laisse pas de tomber dans la communauté légale, quoiqu'elle soit un propre fictif pour le cas de sa succession.

Cette regle est fondée sur le principe que les fictions n'ont d'effet que pour le cas pour lequel elles sont établies, *fictio non operatur ultra casum;* en conséquence les créances des sommes d'argent & autres droits mobiliers, qui ont pour quelque cas la qualité de propre fictif, sont hors le cas de cette fiction, considérées pour ce qu'elles sont dans la vérité, & par conséquent comme droits mobiliers, qui, en cette qualité, doivent entrer dans la communauté légale.

On peut apporter pour premier exem-

ple de cette regle, la créance d'une somme d'argent due à un mineur pour le prix de sa part dans un héritage qu'il a licité avec ses co-héritiers; quoique cette créance, si elle se trouvoit dans la succession de ce mineur décédé en minorité, dût, suivant le principe de l'*art.* 94 de la Coutume de Paris, y être regardée comme un propre de la ligne dont procédoit l'héritage licité, à l'effet d'appartenir à l'héritier aux propres de cette ligne, à l'exclusion de l'héritier au mobilier du mineur; néanmoins hors le cas de la succession de ce mineur, qui est le seul cas pour lequel la fiction a été établie, cette créance doit être considérée telle qu'elle est dans la vérité; c'est-à-dire, comme créance mobiliaire, & en conséquence lorsque le mineur se marie, elle doit en cette qualité de créance mobiliaire, entrer dans la communauté légale.

79. On peut apporter pour second exemple la créance d'une somme d'argent due à un enfant en sa qualité d'héritier de sa mere, pour la reprise des deniers dotaux de sa mere, laquelle, par son contrat de mariage, les avoit stipulés propres à elle, aux siens, & à ceux de son côté & ligne. Quoique cette créance soit un propre fictif conventionnel

pour le cas de la succession de cet enfant; à l'effet que si cette créance est trouvée dans sa succession, les héritiers aux propres maternels y doivent succéder comme à un propre maternel, à l'exclusion du pere héritier au mobilier; cela n'empêche pas cette créance d'être hors le cas de la fiction, considérée telle qu'elle est dans la vérité, c'est-à-dire, comme un droit mobilier, laquelle en conséquence, lorsque cet enfant se marie, doit entrer en la communauté légale.

80. Si les deniers dotaux avoient été stipulés propres *quant à tous effets, même quant à la disposition*, cette clause empêcheroit-elle la créance de la reprise de ces deniers dotaux, d'entrer dans la communauté légale, lorsque l'enfant à qui elle appartient, se mariera? Non: la raison est que les propres conventionnels ne peuvent être réputés tels que vis-à-vis les personnes qui ont été parties à la convention qui les a formés, suivant ce principe de droit *animadvertendum ne conventio in alia re aliave personâ facta, in alia re personâve noceat*; L. 27, §. 4, ff. *de pact.*

La créance qu'a l'enfant dans cette espece pour la reprise de ses deniers do-

taux eſt bien un propre même de diſpoſition vis-à-vis de ſon pere, à l'effet qu'il n'en puiſſe diſpoſer au profit de ſon pere pour une plus grande part, que celle dont on peut diſpoſer d'un propre, parce que ſon pere étoit partie à la convention du contrat de mariage qui a formé ce propre. Mais la femme que cet enfant créancier de cette repriſe épouſe, n'ayant pas été partie à la convention, la créance de cette repriſe ne peut paſſer vis-à-vis d'elle pour un propre ; elle n'eſt vis-à-vis d'elle qu'une pure créance mobiliaire qui doit entrer dans leur communauté légale.

81. *Dixieme regle.* Les rentes conſtituées ſont, ſelon la Coutume de Paris & le Droit commun, réputées immeubles.

Lorſque ces rentes ſe conſtituoient par forme d'aſſiette ſur un héritage duquel le conſtituant ſe déſaiſiſſoit juſqu'à concurrence de la rente, au profit de celui à qui elles étoient conſtituées, ces rentes étant alors un droit que le créancier de la rente avoit dans l'héritage ſur lequel elle étoit conſtituée, il ne pouvoit alors être douteux que ces rentes devoient être aſſignées à la claſſe des biens-immeubles, ſuivant la ſeconde de nos regles. Mais depuis que ces rentes

n'ont plus été regardées que comme une créance personnelle, que le créancier de la rente a contre celui qui s'en est constitué le débiteur envers lui; depuis que ces rentes se constituent sans assignat spécial sur aucun héritage, & même par des personnes qui n'en possedent aucun, & que même, lorsqu'elles sont constituées avec un assignat spécial sur un certain héritage, cet assignat n'est regardé que comme un droit d'hypotheque spéciale, qui n'est qu'un droit accessoire à la créance personnelle, dans laquelle consiste la rente; on a beaucoup agité la question, si les rentes ne devoient plus être assignées qu'à la classe des biens-meubles, ou si elles devoient être encore assignées à celles des immeubles?

La raison pour les assigner à la classe des meubles, est fort simple: une rente constituée, dit-on, dans la vérité & la réalité des choses, n'est autre chose que la créance d'autant de sommes d'argent qu'il courra d'années depuis la création de la rente jusqu'au rachat; par conséquent une créance de choses meubles, rien n'étant plus meuble que des sommes d'argent; par conséquent un droit

mobilier, ſuivant la regle; *actio ad mobile eſt mobilis.*

Au contraire, pour aſſigner les rentes conſtituées à la claſſe des biens-immeubles, on dit qu'une rente conſtituée ne doit pas être conſidérée ſimplement comme la créance des arrérages qui en doivent courir juſqu'au rachat, mais comme un être moral & intellectuel diſtingué par l'entendement de ces arrérages, qui ſont plutôt les fruits que produit la rente, qu'ils ne ſont la rente même, puiſque le créancier les perçoit ſans entamer ni diminuer l'intégrité de la rente. Cet être moral, dans lequel on fait conſiſter la rente conſtituée, a paru par le revenu annuel & perpétuel qu'il produit, reſſembler aux biens-immeubles, & devoir, *pour cet effet*, être mis dans la claſſe des biens-immeubles.

On oppoſera peut-être que la raiſon tirée de ce que les arrérages d'une rente conſtituée ſe perçoivent ſans rien diminuer ni entamer du fonds de la rente, n'eſt pas ſuffiſante pour faire déclarer immeuble la rente; car la perception qui ſe fait des intérêts que produit la créance d'une ſomme d'argent exigible, qui eſt de nature à en produire,

telle qu'est celle d'une somme due par un acheteur pour le prix d'un héritage qui lui a été vendu, se fait pareillemen sans entamer le principal de cette créance, qui n'en est pas moins un bien meuble.

La réponse est, qu'il y a un grande différence entr'une rente constituée & la créance d'une somme exigible qui produit des intérêts ; ce qui fait le principal de celle-ci, est la somme principale qui est due, dont les intérêts ne sont que les accessoires, cette créance ayant pour objet principal une somme d'argent qui est due, *tendit ad mobile*, & est par conséquent un bien mobilier, suivant la troisieme regle ci-dessus.

On ne peut pas dire de même, que le principal d'une rente constituée soit la créance d'aucune somme d'argent, distinguée des arrérages de la rente ; car on ne peut pas dire que la rente soit la créance de la somme pour laquelle elle a été constituée, & pour laquelle elle peut être rachetée ; la créance d'une somme est le droit de l'exiger : le créancier d'une rente constituée n'ayant pas le droit d'exiger la somme pour laquelle elle peut être rachetée, il s'ensuit que la rente constituée

n'est pas la créance de cette somme ; cette somme n'est qu'*in facultate luitionis ;* elle est l'objet d'un droit qu'a le débiteur de se libérer de la rente par le paiement de cette somme, elle n'est pas l'objet d'aucun droit de la part du créancier ; le droit qui fait le principal d'une rente constituée, n'a donc pour objet aucune somme d'argent, ni aucune autre chose qui rende mobiliaire la nature de ce droit : ce droit n'est autre chose qu'un être moral qui produit des arrérages, qui en sont les fruits civils, en quoi il est semblable aux héritages, qui, comme lui, produisent un revenu annuel & perpétuel, & qui n'en differe qu'en ce qu'il n'est qu'un être moral, & que les héritages ont un être physique.

La Coutume de Paris a embrassé cette derniere opinion : elle dit en l'article 94. *Rentes constituées à prix d'argent sont réputées immeubles jusqu'à ce qu'elles soient rachetées.*

Il étoit inutile d'ajouter, *jusqu'à ce qu'elles soient rachetées :* car une rente constituée cessant d'exister, lorsqu'elle est rachetée, il est évident qu'elle ne peut plus être immeuble, le néant n'étant susceptible d'aucune qualité, & il n'est pas moins

évident que les deniers qui ſont provenus du rachat, ſont meubles.

Il n'importe, pour qu'une rente conſtituée ſoit immeuble, qu'elle ſoit accompagnée d'hypotheque ou non, ni par quelle eſpece d'acte elle ait été conſtituée; elle ne laiſſe pas d'être réputée immeuble, quoiqu'elle ait été conſtituée par un ſimple billet ſous ſignature privée; la Coutume à cet égard ne fait aucune diſtinction.

82. C'eſt le principal de la rente que la Coutume déclare immeuble, c'eſt-à-dire, *cet être moral* diſtingué par l'entendement des arrérages qu'il produit; à l'égard des arrérages, ils ſont meubles à meſure qu'ils naiſſent, & ils naiſſent tous les jours, & forment tous les jours une créance mobiliaire de la trois cens ſoixante cinquieme partie de la ſomme qui eſt due par chacun an, ſauf que dans les années biſſextiles, le jour intercalaire n'eſt pas compté. Il eſt vrai que ces arrérages de chaque jour ne ſont exigibles qu'au jour du terme auquel la rente eſt payable; mais quoiqu'ils ne ſoient pas encore exigibles, ils ne laiſſent pas d'exiſter & d'être dus; c'eſt pourquoi lorſque le créancier d'une rente ſe marie, tout ce qui a couru d'arrérages de ſa rente, juſ-

qu'au jour de la bénédiction nuptiale, entre comme meuble dans la communauté légale, quoique le terme ne fût pas encore échu. Quant à ceux à écheoir, à mesure qu'ils naîtront pendant que durera sa communauté, ils y tomberont non-seulement comme meubles, mais comme fruits.

83. Quoique le principal d'une rente constituée soit *ex accidenti*, devenu exigible, *putà* par le décret de quelqu'héritage hypothéqué à la rente, ou faute par le débiteur d'avoir exécuté les clauses du contrat de constitution, la rente ne laisse pas de continuer d'être immeuble; *nec obstat* que les créances d'une somme d'argent exigible sont choses meubles, suivant la regle troisieme; car la rente n'est pas pour cela *in se*, la créance d'une somme d'argent exigible, elle n'est toujours *in se* que la créance d'une rente; ce n'est qu'*ex accidenti & ex causâ extrinsecâ*, que le créancier de la rente a le droit de contraindre le débiteur au rachat de la rente, & au paiement de la somme pour laquelle elle a été constituée.

On insistera & on dira; je veux bien que dans ce cas la rente *in se*, continue d'être immeuble; mais le droit qu'a le

créancier d'exiger le remboursement de la somme pour laquelle elle a été constituée, est un droit qui est dans ses biens, & qui selon la troisieme regle, est un droit mobilier, puisque *tendit ad mobile*; ce droit doit donc, en sa qualité de bien-meuble, tomber dans la communauté légale du créancier à qui il appartient, & par ce moyen, la rente tombera indirectement dans la communauté légale.

Je réponds que ce droit qu'a le créancier d'exiger le remboursement de sa rente, étant un droit qu'il n'a qu'à cause de la rente, ce droit étant un droit qui est un accident & un accessoire de la rente, on ne doit pas examiner quelle est la nature de ce droit considéré *in se*; il suffit que ce droit soit un droit que le créancier n'a qu'à cause de sa rente, & qui est un accessoire de la rente, pour qu'il ne puisse entrer dans la communauté légale du créancier, qu'autant que la rente y entreroit, suivant la regle : *accessorium sequitur principale*.

84. La Coutume d'Orléans, *art.* 191 *&* 351, a suivi sur la nature des rentes constituées, la disposition de la Coutume de Paris; la Jurisprudence l'a adop-

té pour les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

On s'est d'autant plus volontiers porté à embrasser cette opinion, que ces rentes sont devenues très-communes, & qu'elles composent tout le patrimoine de plusieurs familles.

Il y a néanmoins encore plusieurs Coutumes qui mettent les rentes constituées dans la classe des biens-meubles, comme Rheims, *art.* 18, Troyes, *art.* 66, *&c.* Quelques-unes les regardent comme immeubles, lorsqu'elles ont été réalisées, nanties & hypothéquées par nantissement de fait. *Chauny, art.* 6.

Il n'est pas hors de propos d'observer que quoique la Coutume de Blois paroisse être du nombre de celles qui mettent les rentes constituées dans la classe des biens meubles, puisqu'elle dit, *article* 157. « Rentes foncieres & volantes, *&c.* » sont réputées héritages .... sinon que » lesdites rentes fussent rachetables; auquel cas, tant que le réméré durera, » seront réputées & se partiront comme » meubles ». Néanmoins les Officiers, Avocats & Procureurs de Blois, de Châteaudun, & autres villes régies par cette Coutume, attestent que cette disposition

de leur Coutume n'est pas observée, & que les rentes constituées, quoiqu'elles ne puissent être constituées sans faculté de rachat perpétuel, sont réputées immeubles, de même que dans la Coutume de Paris. Cette inobservation de l'*art.* 157 de la Coutume de Blois est très-ancienne, car Tronçon, dans son Commentaire sur la Coutume de Paris, imprimé en l'année 1652, *sur l'art.* 94, atteste pareillement avoir oui dire la même chose aux Officiers de Blois.

85. Dans la diversité de Coutumes sur la nature des rentes, c'est celle du lieu du domicile du créancier de la rente, qui doit décider si elle doit être réputée meuble ou immeuble, car une rente constituée étant un droit personnel, & qui n'a aucune situation, elle ne peut être régie que par la loi qui régit la personne à qui elle appartient.

Ce principe souffre une exception à l'égard des rentes dues par le Roi; on a donné à ces rentes une situation feinte, qui est le lieu où est établi le bureau de paiement des arrérages desdites rentes, & elles sont en conséquence régies par la loi du lieu où est le bureau: c'est pourquoi les rentes sur l'Hôtel-de-ville de Paris sont, conformément à la Cou-

tume de Paris, réputées biens-immeubles, quand même les créanciers à qui elles appartiennent, auroient leur domicile dans un lieu dont la loi répute meubles les rentes.

Les autres rentes sont régies par la loi du domicile du créancier; quand même elles seroient créées avec un assignat spécial sur quelqu'héritage, ce ne seroit point en ce cas la loi du lieu où est situé l'héritage sur lequel la rente est assignée, qui régiroit la rente, car cet assignat n'est qu'un accessoire de la rente.

On ne considere pas non plus quelle est la loi du domicile du débiteur; car la rente n'étant *un bien* que dans la personne du créancier à qui elle appartient, ce ne peut être que la loi qui régit la personne du créancier, qui doit régler si elle est *un Bien-meuble* ou *un Bien-immeuble.*

86. Les rentes constituées étant meubles ou immeubles, suivant que la loi du lieu du domicile du créancier à qui elles appartiennent, les répute meubles ou immeubles, que doit-on décider, lorsqu'une rente appartient à plusieurs personnes, dont les unes demeurent sous une Coutume qui répute les rentes meu-

bles, & les autres demeurent ſous une Coutume qui les répute immeubles? Les rentes étant des droits diviſibles, il n'y a aucun inconvénient à décider que la rente, en ce cas, ſera réputée immeuble pour les parts de ceux des propriétaires qui demeurent ſous des Coutumes qui les réputent immeubles, & qu'elle ſera réputée meuble pour les parts de ceux qui demeurent ſous des Coutumes qui les réputent meubles.

87. Lorſque la propriété d'une rente conſtituée appartient à une perſonne, & l'uſufruit de cette rente à une autre, c'eſt la loi du lieu du domicile du propriétaire, qui régle la nature de la rente; on ne doit pas conſidérer celle du domicile de l'uſufruitier : c'eſt pourquoi, ſi un Pariſien a l'uſufruit d'une rente, dont la propriété appartient à une perſonne domiciliée ſous la Coutume de Rheims, qui les répute meubles, le droit d'uſufruit qu'a le Pariſien, n'eſt qu'un droit mobilier; *Vice versâ :* ſi c'étoit le Pariſien qui fût le propriétaire, & le Rhemois l'uſufruitier, le droit d'uſufruit du Rhemois ſeroit un droit immobilier.

88. Lorſque le créancier d'une rente conſtituée transfere ſon domicile d'un

lieu dont la loi réputoit meubles les rentes, dans un autre lieu dont la loi les répute immeubles, la rente change de nature ; & de meuble qu'elle étoit, elle devient immeuble. Il faut décider la même chose, *vice versâ.*

Obſervez que lorſqu'une rente eſt, en qualité de bien meuble, entrée dans la communauté légale du créancier, qui lors de ſon mariage avoit ſon domicile ſous une Coutume qui répute meubles les rentes ; cette rente continue de demeurer dans cette communauté, quoique cette rente ſoit devenue immeuble par la tranſlation du domicile du créancier, ne devant pas être au pouvoir du mari en changeant de domicile, de priver ſa communauté d'un bien qui lui a éte acquis.

Vice versâ : Si le créancier de la rente lors de ſon mariage avoit ſon domicile ſous une Coutume qui répute immeubles les rentes, la rente n'entrera pas dans la Communauté, quoique durant le mariage elle ſoit devenue meuble par la tranſlation de domicile du créancier dans une Coutume qui répute meubles les rentes ; autrement ce créancier par la tranſlation de domicile avantageroit à ſes dépens la communauté & l'autre

conjoint, ce qui ne lui doit pas être permis.

89. Lorſqu'un Pariſien va prendre femme dans une Province dont la loi répute meubles les rentes, *putà*, à Troyes, & qu'il l'y épouſe ſans paſſer de contrat de mariage, dans le deſſein de l'emmener à Paris; les rentes qui appartiennent à cette femme, tombent-elles dans la communauté légale? Non; car quoique les rentes qui appartiennent à cette femme, fuſſent auparavant ſon mariage, des biens meubles, ſuivant la Coutume de Troyes, par laquelle ſa perſonne & ſes droits perſonnels ont été régis juſqu'à l'inſtant de ſon mariage, elles ont ceſſé de l'être, & elles ſont devenues immeubles, conformément à la Coutume de Paris, dès l'inſtant du mariage, & n'ont pu par conſéquent tomber dans la communauté légale, qui a commencé dans ce temps.

La raiſon eſt que la femme ayant, dès cet inſtant, paſſé ſous la puiſſance de ſon mari, elle a, dès cet inſtant, commencé à n'avoir pour domicile que celui de ſon mari; & par conſéquent ſa perſonne & ſes droits perſonnels, tels que ſes rentes, ont, dès cet inſtant, ceſſé d'être régis par la Coutume de Troyes,

& ont commencé à l'être par la Coutume de Paris.

Vice versâ : Lorſqu'un Troyen vient prendre femme à Paris, pour l'emmener à Troyes, les rentes de cette Pariſienne deviennent, à l'inſtant de ſon mariage, biens-meubles, & entrent, en cette qualité, dans la communauté légale qui ſe forme en ce temps, parce que dès cet inſtant la femme, avec les droits attachés à ſa perſonne, devient ſoumiſe à la loi de Troyes, qui eſt celle du domicile de ſon mari, qui par le mariage, eſt auſſi devenu le ſien.

90. Paſſons aux rentes viageres. Dans les Coutumes, où les rentes conſtituées, quoique perpétuelles, ſont un bien-meuble, les viageres le ſont à plus forte raiſon. Ce n'eſt que dans les Coutumes qui réputent immeubles les rentes conſtituées qui ſont perpétuelles, qu'il peut y avoir lieu à la queſtion, ſi les viageres y ſont auſſi un bien-immeuble, ou ſi elles ne ſont qu'un bien-meuble? Voici les raiſons qu'on apporte de part & d'autre.

Ceux qui ſoutiennent meubles les rentes viageres, diſent que la principale raiſon qui a fait regarder les rentes perpétuelles, comme un être moral diſtin-

gué des arrérages qu'il produit, & comme immeuble, est parce que les arrérages s'en perçoivent, sans diminuer ni entamer son intégrité : mais il n'en est pas de même d'une rente viagere ; elle se consomme par parties à mesure que les années de la vie de la personne sur la tête de qui elle est constituée, s'écoulent, & que les arrérages s'en perçoivent, & elle s'éteint enfin entiérement par la mort de cette personne & par la perception des arrérages de la derniere année de sa vie ; ce sont donc ces arrérages qui forment tout le fonds & l'être entier de la rente viagere, qui n'est en conséquence que la créance d'autant de certaines somme d'argent, qu'il y aura d'années de la vie de la personne sur la tête de qui elle est constituée, & par conséquent une créance mobiliaire & un bien-meuble.

Ceux qui soutiennent immeubles les rentes viageres, disent que les Coutumes qui déclarent immeubles les rentes constituées, les réputent telles par une fiction, qui suppose dans ces rentes un être moral & intellectuel, distingué par l'entendement des arrérages qu'elles produisent, quoique ces rentes, même celles qui sont perpétuelles, ne soient

dans la vérité autre chose que la créance des arrérages qui en courront jusqu'à leur rachat : or cette fiction s'applique pareillement aux rentes viageres ; on peut pareillement feindre & supposer dans ces rentes un être moral & intellectuel, distingué par l'entendement des arrérages qui sont regardés comme les fruits civils desdites rentes, lequel être intellectuel ne différe de celui qu'on suppose dans les rentes perpétuelles, qu'en ce que celui-ci est un être perpétuel qui doit toujours subsister jusqu'au rachat ; au-lieu que celui qu'on suppose dans les rentes viageres, est un être périssable, dont la durée est bornée au temps de la vie de la personne sur la tête de qui elles sont constituées. Au surplus, la fiction qui suppose dans les rentes tant qu'elles subsistent, un être distingué des arrérages qu'elles produisent, n'est pas moins applicable aux viageres qu'aux perpétuelles. La Coutume de Paris, en déclarant immeubles les rentes constituées à prix d'argent, n'a pas restreint sa disposition aux rentes perpétuelles : elle ne dit pas, « rentes » constituées à prix d'argent, (lors- » qu'elles sont perpétuelles), sont ré- » putées immeubles » ; elle dit simple-

ment & indistinctement, « rentes consti- » tuees à prix d'argent sont réputées » immeubles », ce qui comprend les viageres comme les perpétuelles : *ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere.*

Par Arrêt du 4 Août 1729, rapporté par Denisart sur le mot *communauté*, il a été jugé que les arrérages d'une rente viagere qui appartenoit à l'un des conjoints, étoient tombés dans la communauté comme fruits de cette rente : ce qui confirme l'opinion que les rentes viageres doivent être considérées comme un être moral, distingué des arrérages qu'il produit, & de la classe des biens-immeubles.

91. *Onzieme regle.* Les Offices sont réputés un bien-immeuble.

Il y a trois especes d'offices : la premiere espece est de ceux qui sont en la pleine disposition du Roi, auxquels il n'y a aucune finance attachée, tels que sont les gouvernements, les offices des commensaux de la maison du Roi : les offices de cette espece ne sont pas *in bonis* ; la question si les offices sont un bien-meuble ou immeuble, ne peut donc avoir lieu à l'égard de ces offices,

puisqu'ils ne sont pas un bien de celui qui en est revêtu.

92. La seconde espece d'office est celle des offices vénaux, tels que sont les offices de Judicature, tant des Cours souveraines que des Sieges inférieurs; les offices de finance, tel qu'est l'office d'un Receveur des tailles; les offices des Procureurs, d'Huissiers, *&c.*

Observez qu'on considere deux choses dans ces offices, 1°. le droit d'exercer une certaine fonction publique que l'office donne à la personne qui y est reçue; 2°. la finance attachée à l'office: le droit d'exercer la fonction publique n'est pas ce qui est dans le commerce, & sur quoi tombe la question.

La finance de l'office consiste dans une somme d'argent qui a été payée au Roi pour les besoins de l'Etat, lors de la création de l'office, & dont il a été expédié, par le Garde du Trésor Royal, une quittance qu'on appelle quittance de finance d'office.

A cette finance est attaché le droit qu'a celui qui l'a payée, ou qui est à ses droits, de se présenter (ou une autre personne en sa place) au Roi, pour être pourvu de l'office: le Roi n'est pas néanmoins

néanmoins astreint à accorder des provisions à la personne qui lui est présentée ; il peut les refuser sans être tenu de dire les causes de son refus, sauf au propriétaire à présenter une autre personne. Lorsque le Roi n'a aucune cause de refus, il accorde les provisions de l'office à la personne qui lui est présentée, sous la condition qu'elle sera jugée capable par la Cour ou Jurisdiction, à qui les provisions sont adressées ; lorsqu'après un examen elle a été trouvée capable, elle est reçue dans l'office. C'est par rapport à cette finance de l'office, que les offices vénaux sont dans le commerce, & qu'ils sont un bien des particuliers qui les acquierent. Cette espece de biens étant très-extraordinaire, il étoit incertain à laquelle des deux classes de biens on l'assigneroit ; si ce seroit à celle des biens-meubles ou à celle des biens immeubles : on s'est déterminé à les mettre dans la classe des biens-immeubles.

La Coutume de Paris, *art.* 95, en a une disposition, elle dit : *office vénal est réputé immeuble :* la Coutume d'Orléans, *art.* 485, dit la même chose.

Ces Coutumes, en déclarant immeubles les offices, leur avoient néanmoins

laissé quelque chose qui tenoit de la nature des meubles, en disant que, lorsqu'ils étoient vendus par décret, le prix devoit en être distribué au sol la livre, comme celui des biens-meubles; mais l'Edit du mois de Mars 1683, a rendu immeubles les offices quant à tous effets, en ordonnant que le prix s'en distribueroit par ordre d'hypotheque, comme celui des immeubles.

93. Observez qu'il y a certains offices, tels que ceux de Notaire & de Procureur, auxquels il y a ordinairement une pratique annexée.

On appelle *la pratique*, toutes les dettes actives de l'Etude, c'est-à-dire, les créances de Notaire, pour raison des actes qu'il a passés; celles de Procureur, pour raison des instances qu'il a poursuivies.

Lorsque l'Officier se marie, quoique son office, étant un bien-immeuble, n'entre pas dans la communauté légale, *la pratique* ne laisse pas d'y entrer, car cette pratique qui est composée de différentes créances de sommes d'argent contre différens particuliers, est un bien mobilier.

On opposera peut-être que la pratique d'un office est un accessoire de l'of-

fice, qui doit suivre l'office. La réponse est qu'il est faux que la pratique d'un office soit un pur accessoire de l'office; c'est un bien qui est distingué de l'office, puisqu'il peut en être séparé, & qu'on peut vendre l'office à une personne, & la pratique à une autre.

94. La troisieme espece d'offices, est celle des offices qu'on appelle *domaniaux*; parce qu'ils appartiennent au domaine du Roi, & ont été engagés moyennant une certaine finance; ils consistent dans le droit qu'a le propriétaire engagiste d'exercer cette fonction ou par lui-même, s'il en est capable, en se faisant recevoir dans l'office; ou par un commis qu'il fait recevoir, & à qui il donne l'office à ferme, ou qui lui en compte de Clerc à Maître. La plupart des Greffes sont des offices de cette nature. Ces offices sont aussi réputés immeubles.

95. *Douzieme regle.* Les privileges de Perruquier sont une espece de biens, réputés immeubles.

Cette regle est fondée sur la ressemblance de cette espece de biens avec les offices.

Le Roi, dans les besoins de l'Etat, a établi dans chaque ville un certain nom-

bre de privileges de Perruquier, moyennant une certaine finance qui a été payée par ceux qui en ont été les acquéreurs: ces privileges ne sont pas des offices, puisqu'il n'y a aucune fonction publique qui y soit attachée; mais quant à leur nature de biens, ils ressemblent aux offices, en ce que cette espece de biens, de même que les offices, consiste dans une quittance de finance qui est dans le commerce, & qui donne à ceux qui en sont les propriétaires, le droit de se faire recevoir ou eux-mêmes, ou à leur place telle autre personne qu'ils jugeront à propos, maîtres Perruquiers dans la ville où le privilege est établi, pourvu qu'ils aient les qualités requises, & qu'ils aient fait le temps d'apprentissage, & d'y exercer le métier à l'exclusion de tous autres.

§. III.

Des exceptions que souffre le principe qui fait entrer dans la Communauté légale tous les meubles de chacun des conjoints.

96. *Premiere exception.* Toutes les choses, quoique meubles qui proviennent à l'un des conjoints, durant le mariage,

de ſon héritage ou autre immeuble propre de communauté, ſans en être des fruits, n'entrent point dans la communauté légale.

La raiſon de cette exception, eſt qu'il n'eſt pas permis à un conjoint d'avantager & d'augmenter durant le mariage la communauté aux dépens & par la diminution de ſes propres, parce que par ce moyen il avantageroit indirectement l'autre conjoint ; ce que ne permettent pas les Loix, qui défendent tous avantages directs ou indirects entre conjoints durant le mariage.

On peut apporter pour premier exemple de notre exception, le cas auquel un homme a fait abattre, durant ſon mariage, des arbres de haute-futaie ſur ſon héritage ou ſur celui de ſa femme ; ces arbres n'étant point *in fructu*, L. ff. 11. *de uſufr.* n'étant point cenſés faire partie des fruits & du revenu de l'héritage, n'entrent point dans la communauté légale, quoiqu'ils ſoient devenus meubles par leur ſéparation du ſol ; mais comme ils proviennent d'un héritage propre ſans en être des fruits, ils appartiennent en propre à celui des conjoints ſur l'héritage duquel ils ont été coupés, qui peut lors de la diſſolution de la communauté

ou les reprendre en nature, si on n'en a pas encore dispofé, ou, lorsqu'ils ont été vendus, exercer la reprise du prix sur les biens de la communauté qui l'a reçu.

Il en feroit autrement, si les arbres avoient été coupés avant le mariage : l'exception ne concerne que les meubles qui sont provenus *durant le mariage*, de quelqu'héritage de l'un des conjoints; ces arbres ayant appartenu au conjoint dès avant son mariage, & lors de son mariage, comme choses-meubles, ne sont pas dans le cas de l'exception, & ils entrent en qualité de biens-meubles dans la communauté légale sans qu'on considere leur origine.

Il en est aussi autrement d'une coupe de bois-taillis qui est faite durant le mariage, cette coupe étant *in fructu*, entre en qualité de fruits dans la communauté légale.

97. On peut apporter pour second exemple, les pierres tirées d'une carriere ouverte sur l'héritage propre de l'un des conjoints durant le mariage.

Les Jurisconsultes Romains faisoient à cet égard une distinction. Ils croyoient qu'il y avoit des carrieres où la pierre renaissoit à mesure qu'on en tiroit; qu'il

y en avoit de telles dans les Gaules & dans l'Asie. Ils décidoient que la pierre qu'on tiroit de ces carrieres, étoit un fruit de l'héritage; mais que dans les autres carrieres, où la pierre ne renaissoit pas, les pierres qu'on en tiroit, ne devoient pas être regardées comme un fruit de l'héritage, mais plutôt comme une partie du fonds même qui en étoit d'autant diminué; qu'en conséquence, à l'exception des carrieres où la pierre renaît, les marbres que le mari avoit tirés durant le mariage, d'une carriere qu'il avoit ouverte sur le fonds dotal de sa femme, n'appartenoient pas au mari comme fruit, mais faisoient partie de la dot; *L.* 7, §. 13, L. 8, ff. *sol. matr.* L. 18, ff. *de fund. dot.* Observez que dans la *Loi* 7, §. 13, il faut suivre la correction d'Antoine Faber, & lire : *marmor non est mariti; & impensa est ei præstanda.*

Je laisse aux Naturalistes à décider s'il y a effectivement des carrieres où la pierre renaisse à la place de celle qu'on en a tirée; ce qu'il y a de certain, c'est que cela n'est pas ordinaire; c'est pourquoi on doit regarder comme une regle générale, que les pierres tirées d'une carriere qui a été ouverte durant le mariage sur l'héritage propre de l'un des

conjoints, ne doivent pas être regardées comme des fruits de cet héritage qui appartiennent à la communauté; mais comme choses qui faisoient partie du fonds dont elles ont été tirées, lequel en a été diminué d'autant.

Quoique la pierre ne renaisse pas, néanmoins il y a des carrieres si riches & si abondantes, qu'elles sont regardées comme en quelque façon inépuisables : si ces carrieres étoient établies sur l'héritage propre de l'un des conjoints dès auparavant le mariage, & que dès ce temps on regardât les pierres qu'on en tiroit, comme faisant le revenu de l'héritage qui n'étoit pas propre à en produire d'autre ; en ce cas, les pierres qu'on en tireroit pendant le mariage, pourroient être regardées comme le revenu & les fruits de l'héritage, & comme devant en cette qualité appartenir à la communauté.

98. On peut apporter pour troisieme exemple de l'exception, le cas auquel on auroit trouvé durant la communauté un trésor dans l'héritage propre de l'un des conjoints. Quoique ce trésor soit un mobilier, le tiers qui en appartient au conjoint en sa qualité de propriétaire de cet héritage, ne doit point entrer dans la

communauté ; parce que c'est quelque chose qui lui est provenu de son héritage propre, sans en être un fruit.

A l'égard du tiers qui appartiendroit à l'un des conjoints dans le trésor, en sa qualité de Seigneur Haut-Justicier, comme ayant été trouvé dans le territoire de sa justice ; ce tiers appartient à la communauté comme fruit de son droit de Justice.

Il n'est pas douteux que le tiers qui appartient *jure inventionis*, au conjoint qui l'a trouvé durant la communauté, appartient à la communauté, de même que toutes les choses que chacun des conjoints acquiert durant la communauté.

99. *Seconde exception.* Les choses mobiliaires qui sont substituées durant la communauté à quelque propre de communauté de l'un des conjoints, sont pareillement des propres de communauté de ce conjoint.

On peut apporter pour exemple le cas auquel l'héritage propre de l'un des conjoints a été vendu durant la communauté ; quoique la créance du prix qui en est dû à celui des conjoints qui l'a vendu durant la communauté, soit un

bien-meuble de ce conjoint, cette créance néanmoins n'appartient pas à la communauté, parce qu'elle a été durant la communauté, ſubſtituée à ſon héritage propre par la vente qu'il en a faite, & qu'elle lui en tient lieu.

100. Il faut dire la même choſe de la créance d'une ſomme d'argent due à l'un des conjoints pour le retour de partage d'une ſucceſſion de biens-immeubles que l'un des conjoints a fait durant la communauté avec ſes co-héritiers. Cette créance quoique mobiliaire n'entre pas en communauté, étant provenue durant la communauté à ce conjoint, du droit qu'il avoit à une ſucceſſion d'immeubles, qui eſt un droit immobilier.

C'eſt l'avis de Lebrun, qui eſt mal-à-propos contredit par Borjon, qui prétend que ce retour en deniers doit tomber en la communauté, ſans que le conjoint en puiſſe avoir aucune repriſe : il ſe fonde ſur ce que les partages ayant dans notre Juriſprudence un effet rétroactif, ce conjoint eſt cenſé avoir ſuccédé directement aux ſeuls immeubles échus en ſon lot, & au retour en deniers dont ſon co-héritier eſt chargé envers lui ; que ce retour en deniers étant en ſoi un

effet mobilier, & ne pouvant lui tenir [illegible] d'aucuns immeubles qu'il ait eu, [illegible]ant succédé qu'à ceux échus dans son [illegible], ce retour en deniers doit tomber dans la communauté. La réponse est que ce retour n'est pas un simple effet mobilier de la succession, auquel on puisse dire que le conjoint a succédé; on ne peut dire que ce soit un effet de la succession, puisque la succession étoit toute immobiliaire, & que ce n'est pas dans la bourse de la succession; mais dans la bourse particuliere du co-héritier qui en est chargé, que doit se prendre ce retour. Ce retour en deniers, dont son co-héritier est chargé envers lui par le partage, doit donc passer pour une créance contre son co-héritier, mobiliaire à la vérité, mais qui lui tient lieu, non d'aucuns immeubles déterminés, n'ayant succédé qu'à ceux échus en son lot, mais d'un droit immobilier indéterminé, puisqu'elle lui tient lieu de ce qui manquoit à son lot pour parfaire sa part & son droit à une succession immobiliaire : cette créance lui est provenue durant le mariage, du droit qu'il avoit à une succession immobiliaire, & par conséquent d'un droit immobilier : elle doit

donc, ſuivant notre principe, quoi-qu'elle ſoit mobiliaire en ſoi, ê[illegible] cluſe de la communauté.

Il en eſt autrement, lorſque par le [illegible]-tage d'une ſucceſſion compoſée de meu-bles & d'immeubles, il eſt échu beau-coup plus de meubles à proportion, que d'immeubles dans le lot du conjoint; tout ce qui lui eſt échu de mobilier, tombe dans la communauté, ſans qu'il en puiſſe avoir aucune repriſe : on ne peut pas dire en ce cas que ce qu'il a eu en mobilier dans ſon lot de plus que le montant de ſa part dans le mobilier de la ſucceſſion, lui tienne lieu, & ſoit ſubrogé à ce qu'il a eu de moins que ſa part dans la maſſe immobiliaire : les meubles & les immeubles de cette ſuc-ceſſion ne compoſent qu'une même ſuc-ceſſion, dans laquelle le conjoint eſt cenſé n'avoir jamais eu de droit qu'aux choſes échues dans ſon lot, par lequel il eſt rempli de toute ſa portion hérédi-taire : on ne peut donc pas dire en ce cas que ce qu'il a eu de mobilier dans ſon lot, lui tienne en rien lieu de quel-que droit immobilier, ni par conſéquent l'exclure de la communauté.

101. Obſervez que nous ne ſuivons pas en entier l'opinion de Lebrun, qui

exclut de la communauté la créance d'une somme d'argent qu'a l'un des conjoints pour le prix de la vente d'un héritage, ou pour un retour de partage d'immeubles, soit que la vente ou le partage aient été faits avant ou depuis le mariage : nous pensons au contraire que ces créances ne sont excluses de la communauté, que dans le cas auquel la vente de l'héritage ou le partage ont été faits durant la communauté; parce qu'en ce cas, cette créance mobiliaire est, durant la communauté, provenue d'un propre de communauté, auquel elle est subrogée, & duquel elle tient lieu : mais lorsque la vente de l'héritage, ou le partage ont été faits avant le mariage, la créance de la somme de deniers que le conjoint avoit en se mariant, quoique pour le prix d'un héritage, entre avec le reste de son mobilier dans la communauté, comme nous l'avons vu *sup. n.* 77. Les mêmes raisons ne se rencontrent pas : on ne peut pas dire que la créance pour le prix d'un héritage que le conjoint a vendu avant le mariage, provienne d'un propre de communauté; cet héritage qui n'appartenoit plus au conjoint, lorsqu'il s'est marié, n'ayant jamais été ni pu être son propre de communauté.

102. *Troiſieme exception.* Les ſommes d'argent & autres choſes mobiliaires qui ont été données ou léguées à l'un des conjoints, ſoit avant, ſoit durant le mariage, n'entrent pas dans la communauté légale, lorſqu'elles ont été données ou léguées avec la clauſe qu'elles ſeroient propres au donataire ou légataire.

La raiſon eſt qu'il eſt au pouvoir de celui qui donné, d'appoſer à la donation telles conditions ou reſtrictions que bon lui ſemble : *unicuique licet quem voluerit modum liberalitati ſuæ apponere.* D'où il ſuit que les choſes données à l'un des conjoints, ne peuvent entrer dans la communauté de biens en laquelle il eſt avec l'autre conjoint, lorſqu'elles n'ont été données qu'à la charge qu'elles n'y entreroient pas ; ce que le donateur a ſuffiſamment donné à entendre, en diſant qu'il les donnoit à la charge qu'elles ſeroient propres au donataire.

Voyez ce que nous dirons ſur cette clauſe *infrà.*

103. *Quatrieme exception.* Ce qu'un mineur qui ſe marie *de ſuo*, a en biens meubles de plus que le tiers de l'univerſalité de tous ſes biens, n'entre pas dans la communauté légale.

La Jurisprudence des Arrêts a fait cette objection. Les arrêts rapportés par Louet, M. *n.* 20, ont jugé que l'apport en biens meubles par le contrat de mariage d'un mineur à une communauté conventionnelle, étoit reductible au tiers de l'universalité des biens de ce mineur, & que le mineur étoit de plein droit restitué contre le consentement, quoique formel, qu'il avoit donné à cet apport excessif. Les biens meubles d'un conjoint qui entrent dans la communauté légale, n'y entrent que par le consentement tacite du conjoint, au pouvoir duquel il étoit de les en exclure par une convention de réalisation; lorsqu'un mineur qui a tout son bien ou une grande partie de son bien en biens meubles, s'est marié sans faire de contrat de mariage, il doit, suivant cette Jurisprudence, être restitué de plein droit contre le consentement qu'il paroît avoir donné à ce que tout son mobilier entrât dans la communauté légale, & contre le défaut d'une convention pour la réalisation de ce qui excédoit le tiers de l'universalité de ses biens; car un consentement tacite n'est pas plus fort qu'un consentement formel, contre lequel la Jurisprudence des arrêts restitue un mi-

neur qui apporte en communauté plus du tiers de son bien, & les mineu
sont restituables contre ce qu'ils ont
qué de faire, de même que contre
qu'ils ont fait de préjudiciable à leurs intérêts : *minoribus, in his quæ vel prætermiserunt vel ignoraverunt, innumeris authoritatibus constat esse consultum.* L. 8, *cod. de in integr. restit.*

Cette réduction du mobilier du mineur qui doit entrer dans la communauté au tiers de l'universalité de ses biens, n'a lieu que lorsque le mineur se marie *de suo* : lorsque c'est son pere, sa mere, ou quelqu'autre qui lui donne une dot en argent ou autres effets mobiliers, il est au pouvoir de celui qui donne cette dot de la laisser entrer en entier dans la communauté de ce mineur, en ne faisant aucune convention de réalisation ; car celui qui donne une chose, est le maître de la donner de la maniere & à telles conditions que bon lui semble ; mais lorsque le mineur est marié en ses droits & *de suo*, il n'importe que ce soit son pere ou un autre tuteur qui le marie, son pere n'a pas plus de droit qu'un autre tuteur de disposer du bien de son fils, & il ne doit pas par conséquent lui être permis, lorsqu'il marie son fils,

de faire entrer en communauté plus du tiers du bien de son fils.

104. *Cinquieme exception.* Le principe que tous les meubles de chacun des conjoints, entrent dans la communauté légale, souffre encore une exception dans un cas, par l'Edit des secondes Nôces. *Voyez* ce cas dans notre Traité du Mariage, *n.* 551.

ARTICLE II.

Des Conquêts.

105. Les immeubles conquêts sont la seconde espece de choses dont est composée la communauté légale; la Coutume de Paris, *art.* 220, dit : « homme » & femme sont uns & communs en biens » meubles, *& conquêts immeubles faits » durant & constant le mariage* ».

En matiere de communauté, le terme de *conquêts* est opposé à celui de *propre.* On entend par *conquêts* les héritages qui sont de la communauté; & par *propres* ceux qui n'en sont pas.

Ce terme de *propre* est pris en matiere de communauté, dans un sens différent de celui dans lequel il est pris dans les autres matieres de Droit; ce terme de

propre eſt pris dans les autres matieres pour un héritage ou autre immeuble qui appartient à quelqu'un à titre de succeſſion d'un parent ; mais en matiere de communauté, on appelle *propre* tout ce qui n'eſt pas commun, tout ce qui n'eſt pas entré en communauté ; un héritage eſt *propre* de communauté, lorſqu'il appartient à l'un des conjoints ſans faire partie des biens de la communauté qu'il a avec l'autre conjoint.

Comme il y a lieu ſouvent à la queſtion, ſi un héritage ou autre immeuble eſt *conquêt*, ou *propre* de communauté, nous établirons des regles pour diſtinguer ceux qui ſont *conquêts*, & ceux qui ſont *propres*, nous employerons le premier paragraphe de cet article à expoſer la premiere de ces regles ; dans le ſecond paragraphe, nous expoſerons les autres.

§ I.

106. *Premiere regle.* Il n'y a que des acquêts qui puiſſent être *conquêts* de la communauté légale ; tous les héritages & autres immeubles qui ſont *propres* en matiere de ſucceſſion, ſont auſſi toujours *propres* de cette communauté, quoique les choſes qui ſont propres de communauté, ne ſoient pas de même toujours *propres*

en matiere de succession.

Les héritages & immeubles qui sont [illegible]es en matiere de succession, étant [illegible] qui adviennent à titre de succession ou à un titre équipollent à succession, tels que sont les dons & legs faits à des enfants par leurs peres & meres, ou autres parents de la ligne directe ascendante, & les accommodements de famille qui se font entre ces personnes; pour entrer dans le détail de notre regle, & pour faire connoître dans le détail quels sont les héritages & autres immeubles qui sont propres en matiere de succession, & qui sont en conséquence, suivant notre regle, propres de la communauté légale, nous appliquerons notre regle à chacun de ces titres. Nous l'appliquerons aussi ensuite aux partages & licitations entre cohéritiers.

Application de la Regle au titre de succession.

107. Les héritages qui adviennent à titre de succession d'un parent, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, sont propres en matiere de succession; ceux donc qui adviennent à ce titre à l'un des conjoints, quoique durant le mariage, lui sont pareillement, suivant

otre regle, propres de communauté.

Il en eſt de même des offices & des rentes; ces choſes étant réputées meubles & de même nature que les héritages, elles ſont ſuſceptibles de la qualité de propre; c'eſt pourquoi, lorſque ces choſes adviennent à l'un des conjoints, quoique durant le mariage, par ſucceſſion directe ou collatérale de quelqu'un de ſes parents, ces choſes lui étant propres de ſucceſſion, ſont pareillement propres de communauté.

108. Obſervez que pour qu'une rente ſoit propre en matiere de ſucceſſion, il ne ſuffit pas qu'elle ſoit réputée immeuble en la perſonne de l'héritier qui y a ſuccédé; il faut auſſi qu'elle ait été réputée immeuble dans la perſonne à qui il a ſuccédé. C'eſt pourquoi ſi l'un des conjoints domicilié ſous la Coutume de Paris, qui répute immeubles les rentes, a ſuccédé durant le mariage à un de ſes parents, domicilié ſous celle de Troyes, qui les répute meubles, cette rente quoiqu'elle ſoit devenue immeuble en la perſonne du Pariſien, quoiqu'elle ſoit une choſe immeuble qui lui eſt échue par ſucceſſion, ne ſera pas *un propre* en ſa perſonne, mais un ſimple acquêt.

La raiſon eſt que la nature des pro-

pres eſt d'être *d'anciens héritages* (qui ſt le no[illegible] que pluſieurs Coutumes leur [illegible]nt) qui ſe ſont tranſmis dans la [illegible]e par ſucceſſion ; or on ne peut pas [illegible]ire qu'un rente qui n'a commencé à être réputée immeuble & de la nature des héritages, que dans la perſonne de l'héritier, ſoit *un ancien héritage* ; ce n'eſt donc pas un propre, mais un ſimple *acquêt* de cet héritier : c'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 14 Mars 1697, contre les héritiers aux propres maternels de la Dame de Machault, qui étant domiciliée à Paris, avoit ſuccédé à ſa mere, domiciliée ſous la Coutume de Rheims qui répute les rentes meubles; l'Arrêt jugea que cette rente, quoique devenue immeuble en la perſonne de la Dame de Machault, n'étoit point un propre maternel, mais un ſimple acquêt dans la ſucceſſion de ladite Dame de Machault, qui n'avoit ſuccédé à ſa mere à cette rente, que comme à un meuble. Cet Arrêt eſt rapporté par *Boullenois quæſt.* 2 ; par le Maître ; par l'Annotateur de Lebrun, *&c.*

109. Il me paroît ſuivre de la déciſion de cet Arrêt, que lorſque l'un des conjoints domiciliés à Paris, ſuccéde durant le mariage à un de ſes parents

domicilié sous une Coutume q[illegible]
les rentes meubles, celles qu'il a[illegible]
lies de cette succession, doiven[illegible]
en sa communauté; car la commu[illegible]
est composée de tous *les acquêts des* [illegible]*joints faits durant le mariage* : or ces rentes auxquelles le conjoint a succédé comme à des meubles, quoique devenues immeubles en la personne de ce conjoint, n'étant pas, selon la décision de cet Arrêt, despropres en sa personne, mais des acquêts; & ces acquêts étant faits durant le mariage, puisque c'est durant le mariage que le conjoint y a succédé, il s'ensuit qu'ils doivent entrer dans la communauté de ce conjoint.

L'Annotateur de Lebrun est d'un avis contraire au nôtre; il pense que ces rentes, quoiqu'elles ne soient pas propres de succession, ne laissent pas d'être propres de communauté : si elles ne sont pas propres de succession, c'est, dit-il, parce qu'il leur manque une condition nécessaire pour cela, qui est qu'elles aient été possédées comme immeubles par le défunt, de la succession duquel elles sont advenues au conjoint; cette condition n'est pas nécessaire pour qu'elles soient propres de communauté; il suffit pour cela que le conjoint les ait eues à

titre de succession. Je réponds que si les immeubles qui adviennent à l'un des conjoints durant le mariage, à titre de succession, n'entrent pas dans la communauté, ce n'est pas précisément & seulement parce qu'ils lui adviennent à titre de succession; mais c'est parce que le titre de succession leur imprime la qualité de propre, qui est incompatible avec celle d'acquêt, & par conséquent de conquêt : c'est pourquoi les meubles qui ne sont pas susceptibles de la qualité de propre, quoiqu'ils adviennent à l'un des conjoints à titre de succession, ne laissent pas de tomber dans la communauté; par la même raison, ces rentes auxquelles le conjoint n'a succédé que comme à des meubles, quoique devenues immeubles en sa personne, n'ayant pas la qualité de propre, & n'étant que des acquêts, rien n'empêche qu'elles ne tombent dans la communauté comme conquêts.

110. Pour qu'une chose soit propre dans la personne de l'héritier qui y a succédé, il est à la vérité nécessaire qu'elle ait été possédée comme immeuble par la personne à qui il a succédé; mais il n'est pas de même nécessaire qu'elle ait été possédée par elle, comme

propre ; car c'est une maxime, que l'acquêt du défunt devient propre en la personne de son héritier.

Par la même raison, lorsque par défaillance de la ligne d'où procédoit un héritage propre, l'héritier aux acquêts qui est étranger à cette ligne, a succédé (1) à cet héritage, quoiqu'il n'y ait pas succédé comme à un propre, cet héritage ne laissera pas d'être un propre dans la personne de cet héritier, sauf qu'il ne sera plus un ancien propre, mais un propre qui ne remonte pas plus haut qu'à la personne du défunt à qui il a succédé.

111. Pour qu'un héritage soit propre en matiere de succession & par conséquent en matiere de communauté, il n'est pas non plus nécessaire que l'héritier qui a succédé à cet héritage, justifie que le défunt auquel il a succédé, en étoit le propriétaire ; le défunt l'ayant possédé lors de sa mort, & cet héritage s'étant trouvé parmi les effets

---

(1) Dans les Coutumes d'Anjou, du Maine, & quelques autres, par la défaillance de la ligne la succession de propre est déférée au fisc ; mais ces Coutumes doivent être restreintes dans leur territoire.

de

de sa succession, le défunt est par-là suffisamment présumé l'avoir été; tant que l'héritier n'en est pas évincé.

Cela a lieu, même dans le cas auquel un tiers se prétendant propriétaire de l'héritage, auroit donné une demande en revendication contre l'héritier pour se le faire délaisser, de laquelle, depuis & pendant la communauté de l'héritier avec sa femme, le demandeur en revendication se seroit désisté par une transaction pour une somme d'argent que l'héritier lui auroit payée; l'héritage ne laisse pas d'être propre en matiere de succession, & par conséquent propre de communauté; sauf la récompense que l'héritier doit à sa communauté de la somme qu'il en a tirée pour la donner au demandeur en revendication, & se conserver par ce moyen l'héritage, comme nous le verrons *infrà*.... La raison est qu'une transaction étant de sa nature *de re incertâ & dubiâ*, & l'héritier en donnant au demandeur en revendication la somme qu'il lui a donnée, ayant pu vouloir plutôt éviter un procès, que reconnoître le droit du demandeur en revendication, cette transaction n'est pas suffisante pour détruire la présomption que le défunt auquel l'héritier

a succédé; qui s'est trouvé lors de la mort en possession de l'héritage, en étoit aussi le propriétaire.

Il en seroit autrement, si par l'acte l'héritier avoit reconnu que l'héritage appartenoit au demandeur en revendication; lequel auroit consenti que l'héritage demeurât à l'héritier pour la somme que l'héritier lui auroit donnée: l'acte en ce cas seroit une véritable vente que le demandeur en revendication feroit de cet héritage à l'héritier; l'héritier ne seroit plus censé tenir à titre de succession cet héritage; son titre seroit la vente qui lui en auroit été faite; l'héritage seroit donc en ce cas acquêt, & par conséquent *conquêt*, l'acquisition ayant été faite durant la communauté.

Quand même par l'acte intervenu sur la demande en revendication, & qualifié de transaction, l'héritier n'auroit pas formellement reconnu le droit de propriété du demandeur en revendication; si la somme qu'il lui a donnée pour se conserver l'héritage, étoit de toute la valeur de l'héritage, ce seroit une forte présomption, que l'acte seroit une véritable vente que le demandeur lui auroit faite de l'héritage, déguisée sous le nom de transaction; & cette présomption

pourroit suffire pour faire déclarer acquêt l'héritage, & par conséquent conquêt, si l'acte étoit intervenu durant la communauté de l'héritier.

Hors ce cas, la femme de cet héritier qui prétendroit que l'héritage est un conquêt de sa communauté, & que l'acte intervenu entre le demandeur en revendication & son mari, est une vente que ce demandeur en a faite à son mari, ne devroit pas être admise dans les offres qu'elle feroit de justifier le droit de propriété de ce demandeur en revendication, à moins qu'elle n'eût cette preuve à la main par des titres clairs & incontestables; car on ne doit pas admettre un tiers à ressusciter un procès assoupi par une transaction.

118. Si un héritage dont le parent à qui j'ai succédé, étoit en possession lors de sa mort; lui avoit été vendu par quelqu'un qui s'étoit fait fort du propriétaire; quoique le propriétaire dont le vendeur s'étoit fait fort, n'ait ratifié que depuis la mort de mon parent, & même que je lui aie donné de l'argent pour le porter à ratifier; néanmoins je ne serai pas censé avoir acquis moi-même cet héritage de ce propriétaire par la ratification qu'il a faite; je suis censé l'avoir

à titre de succession de mon parent, & l'héritage est en conséquence un propre, tant en matiere de succession que de communauté; sauf la récompense que je dois à la communauté, de l'argent que j'en ai tiré pour faire ratifier le propriétaire.

La raison de douter, étoit que mon parent à qui j'ai succédé, n'a pu acquérir la propriété de l'héritage qu'on lui a vendu, que par le consentement du propriétaire; ce consentement n'étant pas encore intervenu lors de sa mort, je n'ai pû lui succéder à cet héritage; car on ne peut succéder à quelqu'un à une chose qui ne lui appartient pas.

La raison de décider au contraire que je dois être censé avoir succédé à mon parent à cet héritage, est qu'il est de la nature des ratifications d'avoir un effet rétroactif; celui qui ratifie une vente qui a été faite en son nom, est censé avoir donné procuration de la faire, suivant la regle, *ratihabitio mandato comparatur*; il est censé avoir vendu lui-même & mis lui-même l'acheteur en possession, suivant cette regle de Droit: *qui mandat, ipse fecisse videtur*: mon parent auquel j'ai succédé, est donc censé

par le secours de la fiction qui donne un effet rétroactif aux ratifications, être devenu propriétaire de l'héritage qu'on lui a vendu, dès aussi-tôt qu'il en a été mis en possession; de même que si c'eût été le propriétaire au nom duquel la vente lui a été faite qui l'y eût mis lui-même, & par conséquent en avoir été propriétaire lors de sa mort, je dois par conséquent être censé lui avoir succédé à cet héritage.

119. Par la même raison, je dois être censé avoir succédé à mon parent à un héritage qu'il avoit acquis d'un mineur, quoique le mineur devenu majeur n'ait ratifié que depuis la mort de mon parent.

On dit de même pour raison de douter, que les loix déclarent nulles les aliénations des biens des mineurs; le parent à qui j'ai succédé, n'a donc pu acquérir la propriété de l'héritage que le mineur lui a vendu, avant la ratification de ce mineur faite en majorité; je n'ai donc pu lui succéder à cet héritage qui ne lui appartenoit pas lors de sa mort.

La réponse qui sert de raison de décider, est que la loi ne prononce la nullité de l'aliénation des biens des mineurs,

qu'en faveur des mineurs ; cette nullité n'est donc qu'une nullité relative, qui n'a lieu qu'autant que le mineur trouveroit que l'aliénation qu'il a faite de ses biens, lui seroit désavantageuse : mais lorsque le mineur devenu majeur, approuve l'aliénation qu'il a faite, soit par une ratification expresse, soit par une ratification tacite, en laissant écouler le temps de la restitution sans se pourvoir, l'aliénation est valable : c'est pourquoi dans cette espece, le mineur devenu majeur, ayant ratifié la vente qu'il a faite à mon parent, cette vente dont la validité jusqu'à cette ratification avoit été *in suspenso*, est censée avoir été valable : mon parent est censé être devenu propriétaire, par la tradition que le mineur lui en a faite ; je dois donc pareillement être censé avoir succédé à cet héritage.

120. Il n'en est pas de même de la nullité que les loix prononcent de tout ce que fait une femme sans être autorisée ; cette nullité n'est pas établie en faveur de la femme, puisqu'elle s'étend même aux actes qui lui seroient avantageux ; telle qu'est l'acceptation qu'elle feroit d'une donation qui lui seroit faite. *Ordonn. de* 1731, *art.* 9. C'est pourquoi

si une femme sous puissance de mari, avoit, sans être autorisée, vendu un héritage à mon parent, auquel j'ai depuis succédé ; & que depuis la mort de mon parent, par un acte passé entre cette femme devenue veuve & en ses droits & moi, elle eût consenti que cette vente eût lieu à mon profit, & que je retîns l'héritage ; cet acte ne me paroît pouvoir passer que pour une vente que cette veuve m'auroit faite de cet héritage, & non pour une confirmation de celle qu'elle en auroit faite au parent auquel j'ai succédé ; ce qui est absolument nul, n'étant pas susceptible de confirmation ; d'où il suit que cet héritage doit être réputé acquêt, & par conséquent conquêt de la communauté légale, si c'est durant cette communauté que l'acte a été passé.

121. Pour que je sois censé avoir à titre de succession un héritage ou un autre immeuble, & qu'il soit en conséquence propre en matiere de succession, & propre de communauté, il n'est pas nécessaire que j'aie trouvé cet héritage même dans la succession de mon parent à qui j'ai succédé, il suffit que j'y aie trouvé le droit, en vertu duquel j'en suis depuis devenu propriétaire.

La raiſon de cette maxime eſt que le droit à une choſe eſt cenſé être *juris effectu & eventu*, la choſe même à laquelle il ſe termine, & dans lequel il ſe fond & ſe réaliſe par la ſuite, ſuivant cette regle de Droit, *is qui actionem habet, ipſam rem habere videtur*; L. 15, ff. *de Reg. Jur.* D'où il ſuit que lorſque j'ai ſuccédé à mon parent à un droit qu'il avoit à un certain héritage, duquel je ſuis depuis devenu propriétaire en vertu de ce droit, je ſuis cenſé lui avoir ſuccédé à l'héritage même, dans lequel le droit auquel je lui ai ſuccédé, s'eſt depuis réaliſé.

Suivant ces principes, ſi mon parent à qui j'ai ſuccédé, avoit de ſon vivant acheté un certain héritage, dont il n'avoit pas encore été mis en poſſeſſion lors de ſa mort, quoique je n'aie trouvé dans ſa ſucceſſion que l'action *ex empto*, je ſuis cenſé lui avoir ſuccédé à l'héritage même que je me ſuis fait donner par cette action.

122. Par la même raiſon, ſi le parent à qui j'ai ſuccédé, avoit vendu un héritage avec faculté de réméré, & que depuis ſa mort, j'aie en qualité de ſon héritier, exercé le réméré, je ſuis cenſé avoir cet héritage à titre de ſucceſſion

de mon parent ; quoique je n'aie pas trouvé l'héritage même dans sa succession ; il suffit que j'y aie trouvé le droit de réméré qui s'est réalisé dans cet héritage que j'ai réméré ; cet héritage m'est donc propre, & en matiere de succession, & propre de communauté, sauf la récompense que je dois à la communauté de la somme que j'en ai tirée pour exercer le réméré.

123. Par la même raison, si le parent à qui j'ai succédé, avoit aliéné un héritage sous une condition résolutoire, *putà*, s'il l'avoit donné à quelqu'un, à condition qu'il y rentreroit si le donataire mouroit sans enfans ; & que la condition ayant existé depuis la mort du parent auquel j'ai succédé, je sois rentré dans cet héritage, je serai censé avoir cet héritage à titre de succession de mon parent, quoique ce ne soit pas l'héritage même qui se soit trouvé dans sa succession ; car en succédant au droit de rentrer dans l'héritage, je suis censé avoir succédé à cet héritage, auquel ce droit s'est terminé, & dans lequel il s'est réalisé.

On objectera peut-être que l'existence de la condition qui a donné ouverture au droit de rentrer dans cet hé-

ritage, n'étant survenue que depuis la mort de mon parent, je n'ai pas même trouvé ce droit dans la succession de mon parent, puisqu'il n'étoit pas encore né lors de l'ouverture de cette succession.

La réponse est que suivant les principes que nous avons établis en notre Traité des Obligations, *n.* 220, l'existence des conditions apposées à un contrat, a un effet rétroactif au temps du contrat, qui fait réputer le droit auquel l'existence de la condition a donné ouverture, comme acquis dès le temps du contrat. Suivant ce principe, le parent à qui j'ai succédé, est censé avoir eu dès le temps du contrat de donation qu'il a faite de son héritage le droit d'y rentrer, & l'avoir transmis par conséquent dans sa succession.

124. Lorsque le parent à qui j'ai succédé, a vendu un héritage dont il a mis l'acheteur en possession sans en recevoir le prix, pour lequel il lui a accordé terme; & que par une convention que j'ai eue depuis sa mort en qualité de son héritier avec l'acheteur, je suis rentré dans l'héritage en le quittant du prix, cet héritage m'est-il propre? La raison de douter est que la vente de l'héritage ayant été faite purement & simplement

ſans pact commiſſoire, le vendeur à qui j'ai ſuccédé, paroît n'avoir retenu aucun droit de rentrer dans l'héritage auquel j'ai pu ſuccéder. La réponſe à ce raiſonnement, eſt que dans tous les contrats ſynallagmatiques, la partie qui a de ſa part exécuté le contrat, a le droit de répéter la choſe qu'elle a donnée en exécution du contrat, en cas de l'inexécution du contrat de la part de l'autre partie; c'eſt de ce droit que naît l'action qu'on appelle *condictio ob rem dati re non ſecutâ* : le vendeur dont j'ai été héritier, avoit donc le droit de rentrer dans l'héritage en cas d'inexécution du contrat, il l'a laiſſé dans ſa ſucceſſion & il me l'a tranſmis; c'eſt en vertu de ce droit qu'en conſéquence de l'inexécution du contrat, par la convention de déſiſtement entre l'acheteur & moi, je ſuis rentré dans cet héritage, & j'en ſuis devenu propriétaire; je le ſuis donc devenu en vertu d'un droit auquel j'ai ſuccédé, cet héritage m'eſt donc propre en matiere de ſucceſſion, & il doit par conſéquent être auſſi propre de communauté, ſauf la récompenſe que je dois à la communauté de la ſomme due pour le prix de l'héritage qui devoit entrer dans la communauté, &

dont je l'ai privée en déchargeant l'acheteur de cette somme pour avoir l'héritage, comme nous le verrons *infrà.*

On dira peut-être, à quoi sert le pact commissoire, si sans ce pact le vendeur a le droit de rentrer dans l'héritage faute de paiement du prix? *Voyez* dans notre Traité du Contrat de Vente, *n.* 475, ce que ce pact donne de plus.

125. Le principe que nous venons d'établir, que je suis censé avoir à titre de succession un héritage, lorsque j'ai succédé à mon parent au droit, en vertu duquel j'en suis depuis devenu propriétaire, n'a lieu que lorsque le droit auquel j'ai succédé, a été la cause prochaine & immédiate de l'acquisition que j'ai faite depuis de cet héritage, comme dans les exemples ci-dessus rapportés; il en est autrement lorsque le droit auquel j'ai succédé, n'en a été qu'une cause éloignée. Par exemple, si j'ai succédé à un parent, à une seigneurie directe à laquelle étoit attaché un droit d'avoir par retrait conventionnel les héritages d'un certain territoire, lorsqu'ils sont vendus; & que depuis, un héritage sujet à ce droit ayant été vendu, j'en aie exercé le retrait qui m'en a rendu propriétaire, je ne serai pas

censé avoir cet héritage à titre de succession : cet héritage est un acquêt ; & si la vente qui a donné ouverture au retrait que j'ai exercé, est intervenue durant ma communauté, il sera conquêt de cette communauté. La raison est, que le droit attaché à la seigneurie à laquelle j'ai succédé, qui consiste dans le droit d'être préféré pour acheter les héritages qui y sont sujets, lorsqu'ils sont vendus, n'est que la cause éloignée de l'acquisition que j'ai faite de l'héritage dont j'ai exercé le retrait. La cause prochaine de mon acquisition est le contrat de vente de cet héritage, aux droits duquel contrat, j'ai été subrogé à l'acheteur à qui la vente en avoit été faite, par le retrait que j'ai exercé sur lui, qui m'en a rendu acheteur en sa place ; c'est donc ce contrat de ventes qui est le véritable titre & la cause prochaine de l'acquisition que j'ai faite de cet héritage ; je le possede à titre d'achat, & par conséquent c'est un acquêt.

On a jugé, par les mêmes raisons, qu'un héritage retiré par retrait féodal, étoit acquêt, par Arrêt du 24 Janvier 1623 ; *Bardet*, *liv.* 1, *chap.* 109.

126. Pareillement, lorsqu'ayant un droit de justice qui m'est propre, l'ayant

eu de la succession de mes parens, j'ai, en ma qualité de Seigneur de justice, acquis par droit de deshérence ou de confiscation, des biens-immeubles d'un homme mort sans héritiers, ou condamné à une peine capitale; ces immeubles ne sont pas des propres, mais des acquêts; & si la mort ou la condamnation qui ont donné ouverture à la deshérence ou à la confiscation, sont arrivées durant ma communauté, ils sont des conquêts; car ce n'est pas mon droit de justice qui est la cause prochaine & immédiate de l'acquisition que j'ai faite de ces immeubles, c'est le droit de déshérence ou de confiscation auquel la mort ou la condamnation de la personne à qui ils appartenoient, a donné ouverture, lesquels droits de deshérence ou de confiscation sont des fruits civils de mon droit de justice qui les a produits, & en sont distingués, comme la fille l'est de la mere, & comme les fruits le sont de la terre qui les a produits.

Il n'en est pas de même du droit de deshérence que la Coutume de Bretagne, *art.* 595, & quelques autres donnent au Seigneur de fief par la défaillance de l'estoc: lorsque dans ces Coutumes le Seigneur succede au fief qui relevoit de lui, par la mort de son vassal qui n'a laissé au-

cuns héritiers de la ligne d'où ce fief procédoit, cette succession ne doit pas être considérée comme un fruit & une obvention du fief dominant; mais comme une réversion qui se fait de ce fief au Seigneur, par l'extinction de l'inféodation que produit la défaillance de la ligne. Le droit d'y rentrer, en cas de défaillance de la ligne, étoit une des dépendances du fief dominant, ce fief dans lequel le Seigneur est rentré, & auquel s'est terminé le droit qu'il avoit d'y rentrer, en est donc pareillement une dépendance, comme il l'étoit avant l'inféodation qui l'en avoit séparé; c'est pourquoi si le chef dominant étoit propre, le fief dans lequel le Seigneur du fief dominant est rentré par ce droit de deshérence, est pareillement propre.

Il en est de même de la commise du fief pour désaveu ou pour félonie; ce n'est pas tant, en ce cas, une acquisition que fait le Seigneur, qu'une réversion qui se fait par l'extinction de l'inféodation. Le droit qu'a le Seigneur de rentrer dans les fiefs qui relevent de lui, lorsque le cas arrivera, est un droit qui fait partie du fief dominant, & par conséquent le fief dans lequel, le cas étant arrivé, le Seigneur est rentré, & auquel le droit qu'il avoit d'y rentrer s'est terminé, doit pareillement faire par-

tie des dépendances du fief dominant, & être de même nature, & par conséquent propre, lorsque le fief dominant est un propre de la personne à qui il appartient.

127. Les héritages confisqués sont-ils propres ou acquêts aux enfans ou autres héritiers du condamné, auxquels le Roi a fait remise de la confiscation? Je crois que la décision de la question dépend beaucoup des termes dans lesquels le brevet est conçu. Si le Roi déclare par le brevet qu'il se désiste en leur faveur de son droit de confiscation des biens du condamné, le Roi paroît en ce cas, en se désistant de son droit de confiscation, avoir, par la plénitude de sa puissance, rendu au condamné le droit de transmettre ses biens par succession, qu'il avoit perdu en perdant l'état civil par la condamnation; ses enfans ou autres héritiers sont en conséquence censés avoir, à titre de succession, les biens du condamné, & par conséquent ceux desdits biens qui sont immeubles, sont de véritables propres. Mais si le brevet porte simplement que le Roi fait don des biens confisqués aux enfans ou autres héritiers du condamné, les enfans n'ayant, en ce cas, d'autre titre que le don que leur en a fait le Roi, ces biens sont *acquêts*, & par conséquent con-

quêts, ſi le don a été fait durant la communauté.

Il y a des Auteurs qui diſtinguent entre les enfans du condamné & ſes autres parens, en interprétant, ſelon le premier ſens, le brevet, lorſque la remiſe eſt faite aux enfans; & ſe'on le ſecond ſens, lorſque la remiſe eſt faite à d'autres parens.

128. Quoique l'héritage auquel l'un des conjoints a ſuccédé à ſon parent durant le mariage, n'ait pas, dans la ſucceſſion de ce conjoint, ni en matiere de diſpoſition, les effets d'un bien propre, ne reſtant plus perſonne de la famille dont il procédoit, il n'en eſt pas moins pour cela propre de communauté; car ce n'eſt qu'*ex accidenti & ex causâ extrinſecâ*, qu'il n'a pas dans la ſucceſſion de ce conjoint, & en matiere de diſpoſition, les effets d'un bien propre; il n'en eſt pas moins en ſoi un héritage propre, ayant été tranſmis par ſucceſſion; ce n'eſt donc pas un acquêt, ni par conſéquent un conquêt.

129. Il nous reſte à obſerver que pour qu'un immeuble échu à l'un des conjoints durant la communauté par la ſucceſſion de ſon parent, ſoit propre de ſucceſſion, & par conſéquent propre de commu-

nauté, il n'importe que ce parent, par la ſucceſſion duquel il lui eſt échu, ſoit un parent de la ligne directe aſcendante, ou de la ligne directe deſcendante ou de la collatérale: toutes ces ſucceſſions ſont des propres.

Doit-on excepter de cette regle la ſucceſſion par laquelle les peres & meres ſuccedent à leurs enfans aux choſes qu'ils leur ont données? Nous traiterons cette queſtion dans un Traité des Succeſſions.

Application de la Regle aux Dons & Legs faits en avancement de ſucceſſion, ou pour en tenir lieu.

130. Les héritages ou autres immeubles donnés ou légués à un enfant par ſon pere, ſa mere, ou quelqu'autre parent de la ligne directe aſcendante, ſont propres à cet enfant en matiere de ſucceſſion, de même que s'ils lui étoient échus par la ſucceſſion de ces perſonnes, & par conſéquent, ſuivant la regle ci-deſſus propoſée, ils ſont auſſi propres de communauté, quand même le don ou le legs auroit été fait durant la communauté.

La raiſon eſt, que ces parens devant, ſuivant l'ordre de la nature, la ſucceſſion de leurs biens à leurs enfans, les

dons & legs qu'ils leur font de leurs biens, sont moins des dons & legs qu'un acquittement de la dette naturelle de leur succession qu'ils leur doivent; les enfans, par les donations entre-vifs qui leur sont faites de ces biens, sont censés recueillir d'avance la succession du donateur; & c'est pour cela que ces donations sont appellées *avancement d'hoirie*, *avancement de succession.*

131. Cela a lieu, 1°. quand même l'enfant donataire auroit depuis renoncé à la succession du donateur, les héritages & autres immeubles qui lui ont été donnés, n'en sont pas moins des propres de succession & de communauté; car le donateur n'est pas moins censé les lui avoir donnés en avancement de sa succession, & ils lui tiennent lieu de sa succession.

132. Cela a lieu, 2°. quand même les héritages donnés excéderoient la part que l'enfant donataire eût dû avoir dans la succession du donateur; ces héritages ne laissent pas de lui être propres entiérement, & non pas seulement jusqu'à concurrence de la part qu'il eût dû avoir dans la succession du donateur; car le donateur n'en est pas moins censé lui avoir donné le total comme un avancement de

sa succession dans laquelle il a voulu lui faire une part plus avantageuse que celle que lui eût faite la loi civile des successions.

133. Cela a lieu, 3°. quand même l'enfant donataire ne seroit pas l'héritier présomptif immédiat de son aïeul qui les lui a donnés, étant précédé par son pere, ces héritages ne laissent pas d'être censés lui avoir été donnés en avancement de succession; car selon l'ordre de la nature, les biens de son aïeul devant lui parvenir un jour, non pas, à la vérité, immédiatement, mais médiatement, & par le canal de son pere, son aïeul, en les lui donnant ou les lui léguant, ne fait que prévenir ce temps & sauter par dessus le canal par lequel ils doivent lui passer; la donation ou le legs qu'il lui en fait, est donc une anticipation de sa succession; les héritages ou autres immeubles ainsi donnés ou légués sont donc propres de succession, & par conséquent propres de communauté.

134. Cela a lieu, 4°. quand même l'héritage ne passeroit pas directement du pere au fils, mais par le canal d'une autre personne que le pere auroit chargé de substitution envers son fils. Par exemple, un pere ayant deux fils, fait l'aîné léga-

taire universel, à la charge de substitution envers le puîné : quoiqu'à l'ouverture de la substitution, le puîné recueille les héritages compris en la substitution par le canal & des mains de son frere aîné, ce puîné ne laisse pas d'être censé les tenir à titre de donation de son pere, la substitution qui est son titre, étant une donation que son pere lui a faite ; ces héritages lui sont donc des propres de succession, & par conséquent propres de communauté.

Contra vice versâ. Lorsqu'un oncle a grévé son neveu d'une substitution au profit des enfans dudit neveu, les héritages compris dans la substitution que lesdits enfans ont recueillis, ne leur sont que des acquêts; car quoiqu'ils soient passés du pere aux enfans, ce n'est pas de leur pere qu'ils les tiennent ; leur pere n'a été que le canal par lequel ils leur sont passés; ils les tiennent de leur grand-oncle qui les leur a donnés par la substitution qu'il a faite en leur faveur : mais les donations faites par un parent collatéral ne sont que des acquêts, comme nous le verrons plus amplement ci-après.

135. Lorsqu'un pere, durant le mariage de son fils, lui fait donation d'une

rente d'une certaine ſomme dont il ſe conſtitue lui-même le débiteur envers lui, cette rente eſt-elle en la perſonne du fils, qui en eſt le créancier, un bien acquêt ou un propre ?

Pour ſoutenir que cette rente n'eſt pas un propre, mais ſeulement un acquêt, on dit qu'un propre eſt un *ancien héritage* qui a appartenu à la perſonne à qui on a ſuccédé, & a paſſé de ſa perſonne à celle qui lui a ſuccédé ; or la rente que le pere a donnée à ſon fils, & dont il s'eſt conſtitué le débiteur envers ſon fils, étant une rente qui n'a été créée & formée que par la donation qui en a été faite au fils, & qui n'a commencé à exiſter qu'en la perſonne du fils, on ne peut pas dire que ce ſoit un ancien héritage qui ait paſſé de la perſonne du pere en celle du fils ; on ne peut donc pas dire que cette rente ſoit un propre, elle n'eſt donc qu'un acquêt du fils, & la donation ne lui en ayant pas été faite par ſon contrat de mariage, c'eſt un acquêt fait durant ſon mariage, & par conſéquent un conquêt qui eſt entré dans la communauté légale, s'il n'y a clauſe contraire dans la donation, de même qu'y ſeroient entrés des meubles que le pere auroit donnés à ſon fils.

Au contraire, pour soutenir cette rente propre, on dit qu'il est vrai que cette rente considérée en sa forme de rente, n'a commencé à exister qu'en la personne du fils, & qu'elle n'a jamais, dans cette forme, appartenu au pere; mais si elle ne lui a pas appartenu *formaliter* dans sa forme de rente, elle lui a appartenu *causaliter & eminenter* comme étant renfermée dans la masse de ses biens sur lesquels il l'a constituée; autrement il n'auroit pas pu la donner à son fils, personne ne pouvant donner ce qu'il n'a pas. La rente peut, de cette maniere, paroître avoir passé du pere au fils à un titre qui fait des propres, & être par conséquent un propre, tant de succession que de communauté.

J'avois, dans mon Introduction à la Coutume d'Orléans, embrassé cette seconde opinion que feu M. Rousseau, mon respectable ami, m'avoit dit être la plus accréditée au Palais; mais j'ai appris que depuis il étoit intervenu un Arrêt de la Cour, dont je ne sçais pas la date, qui a jugé conformément à la premiere opinion.

Il n'y auroit pas lieu à cette question, s'il étoit dit par la donation, que le pere

fait donation à son fils d'une certaine somme, pour le prix de laquelle il lui a, par le même acte, constitué une rente de tant; la donation étant, en ce cas, d'une somme d'argent, il ne peut être douteux, en ce cas, que la rente constituée au fils pour le prix de cette somme, est un acquêt, & par conséquent un conquêt, ayant été fait durant le mariage.

136. Lorsqu'un pere débiteur envers son fils d'une somme d'argent qu'il lui a promise en le mariant, lui donne à la place, durant le mariage, un héritage; cet héritage est-il propre? La raison de douter, est, que l'héritage paroît, en ce cas, donné au fils par le pere, en paiement de la somme qu'il lui devoit; or la dation en paiement est un acte équipollent à vente: *dare in solutum, est vendere*; L. 4, *Cod. de evict.* C'est donc comme si le pere avoit vendu à son fils cet héritage pour le prix de la somme qu'il devoit à son fils; mais il n'est pas douteux que l'héritage qu'un pere auroit vendu à son fils, seroit un acquêt de ce fils. Nonobstant ces raisons, il n'est pas douteux que cet héritage est à ce fils un propre de succession, & par conséquent un propre de communauté. Le pere, en donnant cet héritage à son fils, à la place

de

de la somme qu'il lui avoit promise e, mariage, n'est pas censé le lui vendre pour le prix d'une somme qu'il lui doit; il n'est censé faire autre chose qu'exécuter la donation de la dot qu'il lui avoit promise en mariage : cette donation reçoit son exécution, non pas à la vérité *in ipsâ re promissâ, sed in re diversâ*, que le fils veut bien recevoir à la place; le fils est donc censé tenir cet héritage en exécution de la donation qui lui avoit été faite par son contrat de mariage, & par conséquent à titre de donation en avancement de succession.

C'est ce qui résulte évidemment de l'article 26 de la Coutume de Paris, où il est dit : » Le fils auquel le pere ou mere, » aïeul ou aïeule ont donné aucun héri» tage tenu en fief, ne doit que la bou» che & les mains au Seigneur féodal, » encore que..... la chose lui soit bail» lée en paiement de ce qui lui avoit été » promis par contrat de mariage. » La Coutume, en décidant que le fils ne doit en ce cas que la bouche & les mains, suppose évidemment que le fils, dans l'espece proposée, tient l'héritage à titre de donation, en exécution de celle qui lui a été faite par son pere; & que son pere n'est pas censé le lui

avoir vendu ; car s'il étoit censé le lui avoir vendu, le fils devroit le profit de vente, n'étant pas douteux que la vente faite par un pere à son fils d'un héritage tenu en fief, donne ouverture au profit de vente.

Observez que l'héritage donné à l'un des conjoints durant le mariage, à la place d'une somme qui lui avoit été promise, ne lui est propre de communauté qu'à la charge de récompenser la communauté, de la somme promise qui seroit entrée dans la communauté légale, si le conjoint n'avoit pas reçu l'héritage à la place. C'est ce que nous verrons plus amplement *infrà*, *part.* 4.

137. Il n'y a, suivant le Droit commun, que les donations faites par les peres & meres & autres ascendants à un enfant, qui soient regardées comme des titres équipollents à celui de succession, & qui rendent propre l'héritage ou autre immeuble qui a été donné, de la même maniere, que si le donataire l'eût eu à titre de succession ; celles qui sont faites par tout autre parent, quand même elles seroient faites à l'héritier présomptif du donateur, ne sont que des acquêts, qui sont conquêts lorsque la donation a été faite durant la communauté.

La raiſon de différence eſt qu'il n'y a que nos parents de la ligne directe aſcendante, qui nous doivent, ſelon l'ordre de la nature, la ſucceſſion de leurs biens; les autres ne nous la doivent pas: c'eſt donc, lorſqu'ils nous donnent leurs biens, une véritable donation qu'ils nous font, & on ne peut pas dire que ce ſoit un acquittement anticipé de la dette de leur ſucceſſion, puiſqu'ils ne nous la doivent pas.

Il y a néanmoins quelques Coutumes, comme Anjou, le Maine qui réputent les donations faites à l'héritier préſomptif, quoique en ligne collatérale, faites en avancement de ſucceſſion; & les héritages & autres immeubles qui lui ſont donnés, biens propres & patrimoniaux : il n'eſt pas douteux que les héritages & autres immeubles régis par ces Coutumes, qui ſont en ce cas propres en matiere de ſucceſſion, ſont auſſi en conſéquence, ſuivant notre regle, propres de communauté.

138. Lorſqu'un teſtateur a, par ſon teſtament, rappellé à ſa ſucceſſion les enfants d'un parent qui eût été ſon héritier, s'il ne fût pas prédécédé, pour le repréſenter, & prendre dans les biens de la ſucceſſion du teſtateur, la part qu'y

eût eu ce parent s'il ne fût pas prédécédé; ce rappel est-il regardé comme un titre de succession, qui donne la qualité de propre aux héritages advenus auxdits enfants par ledit rappel, ou s'il ne doit être regardé que comme un legs, qui ne fait que des acquêts?

La Jurisprudence a établi à cet égard une distinction entre le rappel fait *intrà terminos Juris*, & celui fait *extrà terminos Juris.*

Le rappel est censé fait *intrà terminos Juris*, lorsque dans les Coutumes qui n'admettent pas la représentation, le testateur a rappellé des personnes à qui le Droit Romain l'accordoit.

Par exemple, lorsque dans les Coutumes de Blois, ou de Meaux, qui n'admettent aucune représentation en ligne collatérale, un testateur a rappellé à sa succession ses neveux ou nieces, enfants d'un frere ou d'une sœur prédécédés; ce rappel est *intrà terminos Juris*; parce que la Novelle de Justinien leur accordoit la représentation.

A plus forte raison, le rappel des petits-enfans est *intrà terminos Juris* dans les Coutumes qui excluent la représentation même en directe.

Le rappel qui est fait *intrà terminos*

Juris, eſt regardé comme un titre de ſucceſſion, qui donne aux héritages qui adviennent à ce titre, la qualité de propres de ſucceſſion, & par conſéquent de propres de communauté. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt du 9 Juin 1687, rapporté au Journal du Palais, & par pluſieurs autres précédents, cités par le Journaliſte.

Le rappel *extrà terminos Juris*, eſt celui des perſonnes auxquelles le Droit Romain ne donne pas le droit de repréſentation; tel eſt le rappel des petits-neveux & des petits-couſins.

Ce rappel n'eſt valable que *per modum legati*; & par conſéquent, les héritages advenus à ce titre, ſont de purs acquêts, de même que ceux advenus à titre de legs.

APPLICATION de la Regle aux accommodements de famille.

139. Les accommodements de famille, par leſquels quelque héritage paſſe du pere au fils, étant regardés par la Juriſprudence comme des avancements de ſucceſſion, ces héritages que le fils a eu par quelque accommodement de famille, étant par conſéquent des propres de ſucceſſion, ils ſont pareillement des pro-

pres de Communauté, quoique l'accommodement ait été fait durant la communauté.

Par exemple, lorſqu'un pere durant le mariage de ſon fils, lui fait abandon d'un héritage, à la charge de payer ſes dettes en total ou en partie; cet acte n'eſt pas regardé comme une vente que le pere faſſe à ſon fils de cet héritage, pour le prix de la ſomme à laquelle montent les dettes qu'il le charge de payer à ſon acquit; cet acte eſt regardé comme un pur accommodement de famille & un avancement de ſucceſſion; car le pere, par cet acte ne fait que prévenir le temps de l'ouverture de ſa ſucceſſion, & fait d'avance ce qui ſe feroit lors de l'ouverture de ſa ſucceſſion: ſans cet abandon lors de l'ouverture de la ſucceſſion du pere, le fils auroit ſuccédé à cet héritage, & il n'y auroit ſuccédé qu'à la charge des dettes dont le pere le charge par cet abandon; le fils eſt donc cenſé avoir cet héritage en avancement de ſucceſſion; il eſt donc un propre, & par conſéquent un propre de communauté.

C'eſt la Juriſprudence des Arrêts: il y en a un aſſez récent, rendu en la Quatrieme des Enquêtes, au rapport de M. Rolland de Chaſſeranges. Dans l'eſ-

pece de cet Arrêt, le pere du ſieur de Landiviſiau lui avoit fait donation de la terre du Pleſſis, à la charge de payer pour ſix cents mille livres de dettes, laquelle ſomme étoit la valeur entiere de la Terre; le ſieur de Landiviſiau, après la mort de ſon pere, ayant voulu faire rapport de cette terre à la ſucceſſion pour y prendre ſes droits d'aîneſſe; ſes ſœurs s'y étant oppoſées, & ayant ſoutenu que le titre auquel le ſieur de Landiviſiau avoit cette terre, étoit une véritable vente que ſon pere lui avoit faite de cette terre pour ladite ſomme, l'Arrêt jugea que ſon titre étoit une donation en avancement de ſucceſſion, & qu'il étoit en conſéquence fondé dans le rapport qu'il faiſoit de cette terre.

Par la même raiſon, lorſqu'un pere durant le mariage de ſon fils, lui abandonne un héritage pour demeurer quitte envers lui de ce qu'il lui doit, *putà*, pour un compte de tutele; cet acte n'eſt pas cenſé être une vente que le pere faſſe à ſon fils pour le prix de la ſomme dûe à ſon fils; cet abandon n'eſt cenſé être qu'un pur accommodement de famille & un avancement de ſucceſſion; le fils auroit pareillement ſuccédé à cet héritage, & auroit fait confuſion de ce

qui lui restoit dû par son pere. Le fils étant donc censé avoir cet héritage en avancement de succession, cet héritage lui est propre, & par conséquent propre de communauté, quoique l'abandon ait été fait durant la communauté.

Observez qu'il ne lui est propre de communauté qu'à la charge de la récompense de la somme qui lui étoit dûe par son pere, la créance de cette somme étant comme *meuble*, entrée dans la communauté légale.

Pareillement, dans l'espece précédente, l'héritage donné par un pere à son fils, à la charge de payer ses dettes, n'est propre de communauté, qu'à la charge de récompenser la communauté des sommes qu'il en a tirées pour les payer.

Application de la Regle aux partages, licitations & autres actes qui en tiennent lieu.

140. Les héritages & autres immeubles d'une succession échus à quelqu'un par le partage qu'il en a fait avec ses cohéritiers, lui sont propres entiérement, & non pas seulement pour la part héréditaire qu'il avoit avant le partage.

Quand même ils excéderoient le montant de sa part héréditaire, & seroient chargés en conséquence d'un retour en deniers, ils seroient entiérement propres, & non pas seulement jusqu'à concurrence de sa part héréditaire; par conséquent, suivant notre regle, ils doivent aussi être entiérement propres de communauté, quand même le partage auroit été fait durant le mariage, sauf seulement la récompense que le conjoint héritier doit de la somme qu'il en a tirée pour payer le retour dont son lot étoit chargé.

Cette maxime est tirée de notre Jurisprudence Françoise sur la nature des partages.

Ces principes sont sur cette matiere entiérement opposés à ceux du Droit Romain.

Suivant ceux du Droit Romain, un partage étoit regardé comme une espece de contrat d'échange, par lequel chaque cohéritier échangeoit les parts qu'il avoit avant le partage dans les héritages tombés dans les lots de ses cohéritiers, contre celles que les cohéritiers avoient avant partage dans ceux tombés dans le sien.

En conséquence, chaque héritier étoit

censé n'avoir succédé au défunt aux héritages tombés dans son lot, que pour la part dont il étoit héritier, & avoir acquis de ses cohéritiers les autres parts, avec la charge des hypotheques des créanciers particuliers de ses cohéritiers. *L.* 6, §. 8, ff. *comm. divid.*

Au contraire, suivant les principes du Droit François, les partages ne sont pas regardés comme des titres d'acquisition; la part que chaque héritier a dans les biens de la succession avant le partage, est une part indéterminée; c'est le partage qui la détermine aux effets tombés au lot de cet héritier. Le partage est censé ne faire autre chose, que de déterminer la part à laquelle chaque héritier a succédé au défunt, qui étoit auparavant indéterminée, & il la détermine aux seuls effets tombés dans son lot; au moyen de cette détermination que fait le partage, & de l'effet retroactif qu'on lui donne au temps du décès du défunt, le défunt est censé avoir, dès l'instant de son décès, saisi en entier chacun de ses héritiers, de toutes les choses comprises dans leur lot, à la charge des retours; chaque héritier est censé avoir seul succédé entiérement à toutes lesdites choses, à la charge des retours

s'il y en a, & n'avoir rien acquis de ses cohéritiers par le partage.

141. Ces principes ont lieu, non-seulement à l'égard du premier partage qui se fait entre des cohéritiers, ils ont lieu pareillement à l'égard des subdivisions. Lorsque par le premier partage, quelques effets de la succession sont demeurés indivis, entre tous, ou seulement entre quelqu'uns des co-héritiers, il reste à faire entr'eux une subdivision de ces choses restées en commun : *nulla enim in æternum communio est ;* la part de chacun de ces cohéritiers, par rapport aux choses qui leur sont demeurées communes & indivises, est encore indéterminée jusqu'à la subdivision qui doit s'en faire ; cette subdivision la détermine aux choses qui tombent dans le lot de chacun par la subdivision ; cette subdivision a, de même que le premier partage, un effet rétroactif au temps du décès du défunt, de maniere que chacun d'eux est censé avoir seul succédé au défunt à tous les effets contenus dans le lot qui lui est échu par la subdivision, & n'est censé avoir rien acquis de ses copartageants.

142. C'est en conséquence de ces principes, que notre Coutume d'Orléans,

suivie en cela par toutes celles qui ne s'en sont pas expliquées, décide, *article* 15 & 113, qu'il n'est dû aucun profit ni féodal ni censuel pour les héritages & subdivisions, *encore qu'il y ait tournes*; c'est une conséquence de nos principes, que chaque héritier n'est censé rien acquérir de ses cohéritiers par ces partages & subdivisions, mais est censé avoir seul succédé immédiatement au défunt à tous les effets compris dans son lot, à la charge de la tourne, lorsqu'il en est chargé.

143. C'est pareillement une conséquence de ces principes, qu'après le partage, les créanciers particuliers de mes cohéritiers, ne peuvent prétendre aucun droit d'hypotheque sur les héritages & autres immeubles tombés dans mon lot, quoiqu'il soit plus fort que ma part héréditaire, & chargé d'un retour; car étant censé, selon nos principes, avoir seul succédé immédiatement au défunt, & pour le total à toutes les choses comprises dans mon lot, & n'étant censé avoir rien acquis de mes cohéritiers, les créanciers de mes cohéritiers ne peuvent rien trouver dans les effets de mon lot, qui ait appartenu pour aucune part à leur débiteur, ni qui puisse être sujet

à leurs hypotheques, ils n'ont que la voie de saisir & arrêter la somme due à leur débiteur pour retour de partage, si elle n'a pas encore été payée.

144. La maxime que nous avons posée ci-dessus, que les héritages & autres immeubles échus à quelqu'un, lui sont propres pour le total, tant en matiere de succession, que de communauté, est pareillement une conséquence évidente de ces principes.

145. Ces principes sur la nature des partages ont été étendus aux licitations.

On appelle *licitation*, un acte par lequel des co-héritiers ou d'autres co-propriétaires, qui ont d'une succession qui leur est échue en commun, ou d'une acquisition qu'ils ont faite ensemble en commun, quelque héritage qui leur est commun & indivis, & qui ne peut se partager, ou qu'ils ne jugent pas à propos de partager, conviennent entr'eux qu'il appartiendra pour le total à celui d'entr'eux qui le portera à un plus haut prix, à la charge de donner à chacun des autres dans ce prix, la part qu'il a dans la succession ou dans l'acquisition.

Ces licitations entre co-héritiers ayant le même objet & la même fin que les partages des successions, qui est de faire

cesser la communauté & l'indivision des biens de la succession, ils sont regardés comme des actes qui tiennent lieu de partage, & qui sont de la même nature que les partages. Ulpien *en la Loi* 22, §. 1, ff. *famil. erciſc.*, rapporte la licitation parmi les choses qui font partie de l'office d'un Commissaire au partage d'une succession : *Familiæ erciſcundæ judex.....poteſt etiam licitatione admiſſâ uni rem adjudicare.*

Ces licitations étant des actes qui tiennent lieu de partage, & qui sont de la nature des partages, on leur a appliqué les mêmes principes que notre Droit François a établi sur la nature des partages, & que nous venons de rapporter ci-dessus. La licitation, de même que le partage, n'est pas regardée comme un titre d'acquisition, elle ne fait autre chose, de même que le partage, que de déterminer les parts que chacun des héritiers licitans a dans la succession ; celle de celui qui se rend adjudicataire par la licitation, est déterminée à l'héritage dont il est adjudicataire par la licitation, à la charge de payer aux autres, par forme de retour, leur part dans le prix ; & les parts que les autres héritiers licitans ont dans la succession, sont déterminées aux

parts du prix que leur doit l'adjudicataire*; & au moyen de l'effet retroactif qu'on donne à la licitation, de même qu'aux partages, l'adjudicataire est censé avoir succédé immédiatement au défunt pour le total à l'héritage dont il est adjudicataire, à la charge de payer à ses héritiers leur part dans le prix, & n'avoir rien acquis de ses co-héritiers, qui sont censés remplis du droit indéterminé qu'ils avoient dans la succession, par la part du prix que l'adjudicataire est tenu de leur donner, & n'avoir jamais eu aucune part dans l'héritage licité.

146. C'est sur ce principe qu'est fondé l'article 80 de la Coutume de Paris, où il est dit : « Si l'héritage ne se peut partir entre co-héritiers, & se licite par » justice sans fraude (1), ne sont dues

(1) Ces termes, *sans fraude*, concernent le cas auquel étant intervenu un partage entre deux héritiers, qui auroit assigné à chacun des portions divisées ; l'un d'eux feroit ensuite à l'autre une vente de sa portion divisée ; & pour frauder le Seigneur du profit dû par cette vente, supprimeroit l'acte de partage inconnu au Seigneur, & feroit apparoir d'une licitation faite entr'eux de cet héritage, comme s'il restoit encore indivis.

» aucunes vente pour l'adjudication faite
» à un d'eux ».

Cette décision est une conséquence des principes que nous venons d'exposer ; si la Coutume décide que l'adjudication faite à l'un des héritiers de l'héritage qui est licité entr'eux, ne donne ouverture à aucun profit de vente, c'est parce que, suivant ces principes, l'adjudicataire n'est censé rien acquérir de ses co-héritiers colicitans.

Suivant les mêmes principes, l'héritage qui m'est adjugé par licitation, n'est point hypothéqué aux créanciers particuliers de mes co-héritiers colicitans, lesquels sont censés n'y avoir jamais eu aucune part.

C'est pareillement une conséquence de ces principes que l'héritage adjugé par licitation à l'un des héritiers, lui est propre pour le total en matiere de succession, & par conséquent suivant notre regle, il est propre de communauté, sauf la récompense des sommes tirées de la communauté pour payer les parts dues dans le prix aux colicitans.

147. Observez que ces termes qui se trouvent dans l'article 80 de la Coutume de Paris, ci-dessus rapporté, *si*

l'heritage ne se peut partir; & ceux-ci, *se licite par Justice*, ne doivent pas s'entendre *restrictivè*; mais seulement *enuntiativè*, & tout ce que nous venons d'exposer sur la nature & les effets d'une licitation, a lieu, 1°. soit que l'héritage licité n'ait pu se partager, soit qu'il ait pu absolument se partager, mais que les parties aient jugé plus à propos de le liciter; 2°. soit que la licitation ait été faite devant le Juge sur une assignation, soit qu'elle ait été faite volontairement par un acte devant Notaires; 3°, soit que la licitation se soit faite entre les seuls héritiers, soit qu'on ait admis des étrangers à enchérir, pourvu que l'adjudication ait été faite à un des héritiers. Car la raison qui fait regarder la licitation, comme n'étant qu'une espece de partage, étant tirée de ce qu'elle a la même fin, qui est de faire cesser la communauté & l'indivis, on doit dans tous les cas dans lesquels cette raison se rencontre, regarder la licitation comme un partage, & lui en donner les effets.

148. Non-seulement les actes qui se font dans la forme de licitation, mais généralement tous les actes qui paroissent avoir pour fin principale de faire

cesser entre co-héritiers la communauté & l'indivis, quelque nom qu'on leur ait donné, sont, de même que les licitations, regardés comme des actes tenant lieu de partage, & auxquels, de même qu'aux licitations, donne tous les mêmes effets qu'aux partages.

C'est pourquoi, si mon co-héritier m'a vendu sa portion indivise dans un héritage de la succession, quoique l'acte soit conçu dans les termes d'une vente de sa portion dans l'héritage, néanmoins comme on doit dans les actes rechercher plutôt l'intention des parties, que s'attacher aux termes dans lesquels ils sont conçus & aux noms qu'il a plu aux Notaires de leur donner; & que la principale fin & intention que les parties paroissent avoir eu dans cet acte, est de faire cesser la communauté & l'indivis par rapport à cet héritage; l'acte, suivant notre Jurisprudence, n'est pas regardé comme une vente, quoiqu'il soit qualifié de ce nom, ni comme une cession; il est regardé comme un acte tenant lieu de partage, qui ne fait autre chose que déterminer nos parts héréditaires par rapport à cet héritage : la mienne par cet acte est déterminée à l'héritage pour le total, à la charge de payer

à mon co-héritier la somme convenue par l'acte, & celle de mon co-héritier est déterminée au droit d'exiger de moi cette somme : en conséquence je suis censé dans ce cas, de même que dans le cas de la licitation, avoir succédé immédiatement au défunt à l'héritage pour le total, à la charge de payer la somme à mon co-héritier pour lui tenir lieu de la part indéterminée qu'il avoit à la succession : en conséquence, cet acte ne donne pas plus ouverture aux profits seigneuriaux que la licitation; l'héritage n'est sujet pour aucune partie aux hypotheques des créanciers particuliers de mon co-héritier; il m'est propre pour le total en matiere de succession, & par conséquent est propre de communauté, sauf la récompense, comme nous l'avons dit ci-dessus. *Voyez* au Journal du Palais l'Arrêt du 29 Février 1692.

149. Ce qui a été jugé pour le cas auquel mon co-héritier m'a vendu sa part indivise, doit pareillement avoir lieu dans le cas où il en auroit disposé envers moi par bail à rente rachetable ou non rachetable, ou à quelqu'autre titre commutatif; mais si mon co-héritier m'a fait donation de sa part indivise dans quelqu'héritage de la succession,

ou même en général de tous ſes droits ſucceſſifs, il eſt évident qu'un tel acte, quoiqu'il faſſe ceſſer l'indivis, ne peut être conſidéré comme tenant lieu de partage; un acte par lequel l'une des parties a tout, & l'autre rien, étant ce qu'il y a de plus contraire à l'eſſence des partages : c'eſt pourquoi cet acte ne pouvant paſſer pour autre choſe que pour une véritable donation, que m'a faite mon co-héritier, les héritages dont il m'a fait donation pour la portion indiviſe qu'il avoit, feront acquêts pour cette portion, & par conſéquent conquêts, ſi le don a été fait durant la communauté.

150. Lorſqu'un cohéritier de ma femme me vend la portion indiviſe d'un héritage qui lui eſt commun avec ma femme, s'il eſt dit par cet acte que j'y parois pour ma femme en qualité de ſon mari, il n'eſt pas douteux que tant qu'elle ne déſavoue pas cet acte, il eſt cenſé n'être autre choſe qu'un acte tenant lieu du partage, qui étoit à faire entr'elle & ce co-héritier; il ſuffit même pour cela qu'il ſoit dit qu'un tel a vendu à un tel, *mari d'une telle*; cette qualité de *mari* qu'on lui donne dans l'acte, fait connoître que ce n'eſt pas en ſon

propre nom, mais en sa qualité de mari d'une telle sa femme, & par conséquent pour sa femme, qu'il traite avec le co-héritier de sa femme.

151. Mais s'il est dit simplement qu'un tel a vendu à un tel sa portion indivise qu'il a dans un tel héritage qui lui est commun avec la femme dudit tel ; cet acte doit-il passer comme un acte tenant lieu d'un partage que je fais pour ma femme avec le co-héritier de ma femme ? Pour la négative, on peut dire, que n'étant pas dit par l'acte que j'y parois au nom de ma femme, ni même en qualité de son mari, je suis censé y paroître en mon seul propre & privé nom, & par conséquent acheter véritablement pour moi la portion du co-héritier de ma femme.

Néanmoins j'inclinerois à dire, que quoiqu'il ne soit pas dit dans cet acte que j'y traite au nom de ma femme, & dans la qualité que j'ai de son mari, on doit facilement présumer que c'est en cette qualité, plutôt qu'en mon seul propre & privé nom, que j'ai traité dans cet acte avec le co-héritier de ma femme; parce que la qualité que j'ai de mari & d'administrateur de la personne, des biens & des affaires de ma femme, doit faire

facilement présumer que dans les actes qui concernent les affaires de ma femme, c'est en cette qualité de mari, & pour ma femme que j'y procede, quoique cela ne soit point exprimé par l'acte : or l'acte dont il est question, concerne les affaires de ma femme, puisqu'il tend à faire cesser la communauté & l'indivis qui étoit entr'elle & son co-héritier ; je dois donc être facilement présumé y avoir traité en ma qualité de mari, & pour ma femme.

Envain oppose-t-on qu'un partage d'une succession d'immeubles échue à ma femme, excede mon pouvoir d'administrateur de ses biens ; car il suit seulement de-là, que non-seulement dans ce cas-ci, mais même dans le cas auquel il seroit dit expressément par l'acte, que je traite au nom de ma femme, l'acte ne seroit pas valable, & n'obligeroit pas ma femme, si elle le désapprouvoit, mais il ne suit nullement, que lorsque ma femme ne le désapprouve pas, je ne puisse être présumé avoir traité en son nom, & que l'acte ne doive être censé tenir lieu du partage qui étoit à faire entr'elle & son co-héritier, & qu'en conséquence l'héritage soit pour le total un propre de ma femme.

152. Si le co-héritier de ma femme avoit vendu sa portion indivise, tant à moi qu'à ma femme; sera-t-elle en ce cas un conquêt? La raison de douter est qu'on ne peut plus dire en ce cas, que je n'ai traité qu'au nom de ma femme & pour ma femme; car on ne peut être censé traiter d'une affaire pour une autre personne & en son nom, que lorsqu'elle n'est pas présente à l'acte, & qu'elle ne traite pas par elle-même de l'affaire; donc dans le cas présent, où ma femme étoit présente à l'acte, & autorisée de moi pour traiter par elle-même, on ne peut dire que je ne traitois dans cet acte qu'en son nom & par elle-même : or, dira-t-on, si j'y traitois en mon nom, ce ne pouvoit être que pour faire l'acquisition de la portion indivise du co-héritier de ma femme; l'acte est donc en ce cas, comme les termes le portent, une véritable vente que le co-héritier de ma femme fait, tant à moi qu'à ma femme, de sa portion indivise dans l'héritage, lequel en conséquence doit être pour cette portion, conquêt de cette communauté.

Nonobstant ce raisonnement, je crois qu'on doit décider autrement; je conviens que le mari a traité en son pro-

pre nom ; mais je ne conviens pas que ce ne pût être que pour faire l'acquisition de la portion indivise du co-héritier de sa femme : je pense au contraire, que quoiqu'il ait traité en son propre nom, l'acte peut néanmoins passer pour n'être autre chose qu'un acte qui tenoit lieu du partage qui étoit à faire de l'héritage. Qu'avoit-il à faire, dira-t-on, à ce partage ?

Je réponds que, quoique ce partage fût principalement à faire entre sa femme & son cohéritier, il concernoit néanmoins le mari à certains égards : si la femme avoit cet héritage en commun quant à la propriété avec son co-héritier, le mari l'avoit aussi en commun avec lui quant à la jouissance qui appartenoit à sa communauté pour la portion qu'avoit sa femme dans cet héritage ; la vente que le co-héritier de la femme fait de sa part au mari & à la femme, peut donc être regardée comme un acte, par lequel, pour faire cesser l'indivis qui est entre lui & les conjoints, il consent que l'héritage demeure en entier à la femme pour la propriété, & au mari pour la jouissance qu'il en doit avoir pendant la communauté, à la charge de payer à ce co-héritier, par

forme

convenue par l'acte, laquelle sera payée par la communauté, qui doit avoir la jouissance de l'héritage, & qui en sera après sa dissolution, remboursée par la femme à qui appartient l'héritage comme propre de communauté.

153. Lorsque la succession est échue au mari, quoique le cohéritier du mari vende sa portion indivise de quelqu'héritage de la succession, au mari & à la femme, qui intervient pour cet effet dans l'acte, je crois que l'acte ne laisse pas de devoir passer pour n'être autre chose, qu'un acte tenant lieu du partage qui étoit à faire entre le mari & son cohéritier, & que sa femme ne doit être censée intervenir à l'acte, que parce qu'elle doit participer pendant la communauté à la jouissance de cet héritage en sa qualité de commune, & pour se rendre caution pour son mari des obligations qu'il contracte par cet acte avec son cohéritier; en conséquence, l'héritage ne laisse pas de devoir être regardé comme un propre de communauté du mari, à la charge de la récompense de la somme qui en a été tirée pour payer son cohéritier.

154. Deux héritiers, l'un paternel, l'autre maternel, au même degré, par-

tagent ensemble le mobilier de la succession ; l'héritier paternel ayant pris par ce partage une quantité de mobilier beaucoup plus grande que celle qui lui revenoit pour sa moitié, donne en retour à l'héritier maternel un héritage propre paternel, auquel il avoit seul succédé : on ne peut pas supposer en ce cas, que l'héritier maternel ait succédé au défunt à cet héritage paternel, puisqu'il n'étoit pas héritier des propres de cette ligne; cet héritage ne peut donc être considéré que comme un acquêt qu'il a fait de l'héritier paternel, pour le retour que l'héritier paternel lui devoit du partage du mobilier qu'ils ont fait ensemble, d'où il suit que si le partage a été fait pendant la communauté légale de cet héritier maternel avec sa femme ; cet héritage sera un conquêt de cette communauté.

155. Il en seroit autrement si l'héritier paternel avoit donné cet héritage propre paternel à l'héritier maternel, pour tenir lieu de la part qui lui revenoit dans les acquêts du défunt ; car les acquêts du défunt, pour la part qui en revenoit à cet héritier maternel, devant être en sa personne des propres, & par conséquent propres de commu-

nauté ; l'héritage qui lui a été donné pour lui en tenir lieu, doit pareillement être, par ſubrogation, propre de communauté, ſuivant la regle *infrà*.

156. Il y a quelques Coutumes qui ont des diſpoſitions contraires aux principes que nous avons expoſés ſur la nature & les effets des partages & licitations.

Par exemple, la Coutume de Dunois, *art.* 44, dit » par partage d'aucuns » héritages cenſuels, n'eſt dû profit au » Seigneur cenſuel, s'il n'y a bourſe dé- » liée ».

Cette Coutume ayant décidé que le profit de vente eſt dû, lorſque le partage eſt fait *avec bourſe déliée*, c'eſt-à-dire, lorſque l'un des héritiers qui a un lot plus fort que ſa portion héréditaire, eſt chargé d'un retour envers ſon cohéritier qui a un lot plus foible, ou lorſque par licitation, il s'eſt rendu adjudicataire pour le total de l'héritage qui étoit à partager, pour le prix qu'il y a porté ; & le profit de vente auquel elle ſoumet en ce cas l'héritier copartageant chargé d'un retour en deniers, ou adjudicataire par licitation à deniers, n'étant autre choſe que le profit qui eſt dû pour les acquiſitions, qui étant faites à

prix d'argent, sont équipollentes à ventes; il s'ensuit évidemment que cette Coutume considere le partage fait avec retour de deniers, comme une véritable acquisition, que le copartageant chargé du retour, fait à prix d'argent, de ce dont son lot excéde sa portion héréditaire, & pareillement que la licitation est une véritable acquisition à prix d'argent, que l'adjudicataire fait des parts de ses colicitants dans l'héritage licité.

Cette Coutume ayant considéré de cette maniere les partages faits avec retour de deniers & les licitations; doit-on en conclure, suivant l'esprit particulier de cette Coutume, que les héritages échus au lot d'un héritier, à la charge d'un retour en deniers, doivent jusqu'à concurrence de ce qu'ils excedent la portion héréditaire de cet héritier, être dans cette Coutume réputés acquêts; pareillement que l'héritage dont un héritier se rend adjudicataire par licitation, doit être pour les portions de ses cohéritiers réputé acquêt, & par conséquent conquêt, si le partage ou la licitation se sont faits durant la communauté? Je pense que même dans cette Coutume & dans celles qui ont une disposition semblable, les héritages échus

à un héritier par un lot de partage, quoique plus fort que sa portion héréditaire, ou dont il s'est rendu adjudicataire par licitation, sont propres pour le total en matiere de succession, & par conséquent qu'ils sont aussi pour le total propres de communauté, sauf la récompense.

Il est vrai que suivant l'esprit particulier de ces Coutumes, opposé en cela aux principes exposés ci-dessus, qui sont suivis dans les autres Coutumes, il n'est point censé avoir succédé immédiatement au défunt à ce qu'il a de plus que sa portion héréditaire dans l'héritage, dont il s'est rendu adjudicataire par licitation, ou dans ceux qui lui sont échus dans son lot de partage, à la charge d'un retour en deniers ; mais s'il n'y a pas succédé immédiatement, il a succédé au droit de l'avoir par l'événement du partage ou de la licitation, que l'indivis de la succession qui lui a été déférée indivisément avec ses cohéritiers, obligeoit de faire ; ce qui suffit pour qu'il soit censé y avoir succédé, comme nous l'avons établi *suprà*, *n.* 121, & pour que ce qui lui est échu par son lot de partage, ou ce dont

il s'est rendu adjudicataire par licitation, soit propre pour le total.

§. I.I.

157. *Seconde regle.* Les acquêts de chacun des conjoints par mariage, ne sont conquêts, que lorsque le titre ou la cause de leur acquisition n'a pas précédé le temps de leur communauté; sinon ils sont propres de communauté.

Cette regle se tire de ces termes du texte, *conquêts faits durant & constant leur mariage* : n'y ayant de conquêts que ceux faits *durant & constant le mariage*, c'est une conséquence que les héritages, dont le titre d'acquisition précéde le mariage, ne sont pas conquêts; mais sont propres de communauté.

On peut apporter plusieurs exemples de cette regle : Si j'ai acheté avant mon mariage un héritage, dont je n'ai été mis en possession que depuis mon mariage, cet héritage ne sera pas conquêt; mais sera propre de communauté : je n'ai à la vérité, commencé à en devenir propriétaire, que lorsque j'en ai été mis en possession, & par conséquent durant la communauté; mais le titre d'acquisition qui est le contrat de vente

qui m'en a été faite, étant antérieur à mon mariage; l'héritage doit, suivant notre regle, être propre de communauté.

Lorsque j'ai commencé avant mon mariage de posséder sans titre un héritage, quoique j'en sois devenu propriétaire durant la communauté par l'accomplissement du temps de la possession qui s'est accompli durant la communauté, l'héritage sera propre de communauté; car ma possession qui est la cause de l'acquisition que j'ai faite de l'héritage, ayant commencé avant mon mariage; la cause de l'acquisition a précédé le temps de la communauté, & par conséquent l'héritage est, suivant notre regle, un propre de communauté.

158. Notre regle a lieu, quand même le titre qui a précédé le temps de la communauté, n'auroit été ouvert que durant la communauté.

Par exemple, si une personne décédée avant mon mariage, a par une disposition directe ou fidéicommissaire de son testament, disposé à mon profit d'un héritage, sous une condition qui n'a été accomplie que depuis mon mariage; quoiqu'en ce cas, la disposition testamentaire qui est mon titre d'acquisition.

n'ait été ouverte que depuis mon mariage & durant la communauté par l'accomplissement de la condition, qui n'a été accomplie qu'en ce temps; l'héritage sera propre de communauté : car selon notre regle, il suffit pour cela que le testament qui renferme cette disposition, qui est mon titre d'acquisition, ait précédé mon mariage, quoiqu'elle n'ait été ouverte que depuis.

Mais si le testateur n'étoit mort que depuis mon mariage, quoique le testament ait été fait & rédigé auparavant, mon titre d'acquisition ne sera pas censé avoir précédé mon mariage, & l'héritage sera en conséquence conquêt de ma communauté ; car un testament étant essentiellement la derniere volonté du testateur; ne pouvant être que par sa mort sa derniere volonté, il ne peut être véritablement testament que par la mort du testateur; ce n'est auparavant qu'un projet, d'où il ne résulte aucun droit, & qui ne doit acquérir son être de testament, qu'à la mort du testateur.

159. Suivant notre principe, quoique la donation faite à l'un des conjoints par le contrat de mariage, soit toujours censée faite sous la condition tacite, *si nuptiæ sequantur*; & qu'en conséquence

elle ne soit ouverte qu'au temps du mariage, néanmoins l'héritage donné par contrat de mariage, est propre de communauté; car le contrat de mariage qui renferme la donation, est un titre qui précéde le mariage.

La Coutume d'Orléans *art.* 211, en a une disposition formelle. Il y est dit : » chose immeuble donnée à l'un des conjoints par traité & en faveur de mariage, est propre au donataire, s'il n'est » dit au contraire », (c'est-à-dire, s'il n'est dit qu'elle est donnée pour être ameublie à la communauté).

Cette disposition de la Coutume d'Orléans, étant fondée sur les principes généraux de la matiere de la communauté, qui servent à distinguer les conquêts & les propres de communauté, doit être suivie dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Voyez *infrà*, ce que nous avons dit sur la *cinquieme regle*, où nous traitons plus amplement des donations faites par contrat de mariage.

160. Notre regle a lieu, quand même le titre d'acquisition qui a précédé le mariage, auroit été d'abord invalide & sujet à rescision, & n'auroit été confirmé que durant la communauté.

Par exemple : si on m'a vendu avant mon mariage un héritage pour une somme au-dessous de la moitié du juste prix, quoique ce soit durant ma communauté, que j'aie validé cette vente, en payant au vendeur le supplément du juste prix, l'héritage sera propre de communauté ; car ce n'est pas le paiement que j'ai fait du supplément du juste prix, qui est mon titre d'acquisition ; c'est la vente qui m'a été faite avant mon mariage ; le paiement du supplément ne fait que la confirmer.

Par la même raison : si j'ai acheté d'un mineur un héritage avant mon mariage, quoique le mineur devenu majeur, n'ait ratifié que durant la communauté, l'héritage sera propre de communauté ; car ce n'est pas la ratification intervenue durant la communauté, qui est le titre d'acquisition de cet héritage, c'est la vente qui m'en a été faite par ce mineur avant mon mariage, la ratification ne fait que la confirmer.

Il faudroit décider autrement dans le cas auquel j'aurois acheté avant mon mariage un héritage d'une femme sous puissance de mari, qui me l'auroit vendu sans être autorisée, & qui depuis étant devenue veuve, auroit par une conven-

tion intervenue entr'elle & moi, depuis mon mariage, ratifié & consenti l'exécution de la vente qu'elle m'en avoit faite auparavant; l'héritage en ce cas est conquêt; la vente qui m'en avoit été faite avant mon mariage, étoit un acte absolument nul, qui n'étoit pas par conséquent susceptible de confirmation; la convention intervenue entre cette femme, devenue veuve, & moi, depuis mon mariage durant la communauté, ne peut donc pas passer pour une confirmation de celle qu'elle m'avoit faite avant mon mariage, laquelle étant absolument nulle, n'en étoit pas susceptible; elle est une nouvelle vente que cette femme m'a fait de son héritage, elle est le véritable & seul titre d'acquisition de cet héritage; ce titre étant du temps de ma communauté, l'héritage est conquêt.

161. Lorsque j'ai acheté avant mon mariage un héritage que quelqu'un m'a vendu au nom, & comme se faisant fort de celui qui en étoit le propriétaire, de qui il n'avoit pas de procuration; quoique ce propriétaire n'ait ratifié que depuis mon mariage, & que je ne sois par conséquent devenu propriétaire de l'héritage que depuis mon mariage, la

propriété n'ayant pu m'en être transférée que par son consentement, néanmoins on doit décider en ce cas que l'héritage est propre de communauté; car c'est la vente qui en a été faite avant mon mariage, qui est mon titre d'acquisition; la ratification du propriétaire intervenue depuis mon mariage, n'a fait que le confirmer; en ratifiant ce qui s'est fait en son nom, il est censé l'avoir fait lui-même, suivant cette regle : *ratihabitio mandato comparatur*, & celle-ci : *qui mandat, ipse fecisse videtur.*

162. Lorsque celui qui m'a vendu avant mon mariage un héritage, dont il n'étoit pas le propriétaire, ne me l'a pas vendu au nom du propriétaire, mais en son propre nom; si depuis mon mariage le propriétaire s'est présenté, a justifié de son droit de propriété, & par une convention intervenue entre lui & moi, a consenti que l'héritage me demeurât, pour une somme que je lui ai payée pour le prix, ou que je me suis obligé de lui payer; soit que cette somme fût pareille à celle pour laquelle je l'avois achetée de mon premier vendeur, soit qu'elle fût différente, on doit décider en ce cas que l'héritage est conquêt; car cette convention n'est

pas une confirmation de la vente qui m'avoit été faite ; c'eſt une nouvelle vente qu'il me fait de ſon héritage ; c'eſt cette nouvelle vente qui eſt mon titre d'acquiſition, & non celle qui m'avoit été faite avant mon mariage, puiſque ce n'eſt qu'en vertu de cette nouvelle vente, & nullement en vertu de l'autre que j'ai acquis la propriété de l'héritage ; cet héritage eſt donc conquêt, puiſque le titre d'acquiſition eſt du temps de la communauté.

163. Il faudroit décider autrement, ſi par la convention intervenue entre le propriétaire de l'héritage & moi, ce propriétaire eût ſeulement conſenti que l'héritage me demeurât, en ſe réſervant la répétition du prix contre mon vendeur, à qui je l'ai payé, pour laquelle répétition, il a l'action qu'a le propriétaire d'une choſe contre celui qui s'en eſt mis en poſſeſſion, & qui l'a vendue, dont nous avons traité en notre Ouvrage ſur le Contrat de Vente, *part.* 2, *chap.* 4 ; car en ce cas, je continue de poſſéder l'héritage, en vertu de la vente qui m'a été faite avant mon mariage ; le propriétaire ne me fait pas une nouvelle vente, il ne fait que conſentir l'exécution de celle qui m'a été faite.

164. Lorsque j'ai acheté avant mon mariage un héritage de quelqu'un qui me l'a vendu comme en étant le propriétaire ; si depuis mon mariage, une autre personne a donné une demande en revendication de cet héritage, & que sur cette demande, par une transaction, sans décider la question du droit de propriété de cet héritage, elle se soit désistée de sa demande pour une somme que je lui ai donnée ; l'héritage sera propre de communauté : car la transaction qui est par sa nature *de re incertâ & dubiâ*, n'ayant pas décidé la question de la propriété de l'héritage ; celui qui m'a vendu l'héritage avant mon mariage est, en conséquence de la possession qu'il en avoit, réputé en avoir été le propriétaire, tant que le contraire n'est pas justifié, & m'en avoir en conséquence transféré la propriété en exécution de la vente qu'il m'en a faite ; c'est cette vente qui est mon seul & véritable titre d'acquisition de l'héritage, & non la transaction par laquelle je suis censé avoir acquis plutôt le désistement du procès qu'on me faisoit sur cet héritage, que l'héritage même.

165. Lorsqu'une commission qu'avoit le mari avant son mariage, est érigée

en titre d'office qu'il acquiert durant le mariage, il n'eſt pas douteux que l'office eſt conquêt; quand même la commiſſion qu'il avoit avant le mariage, auroit pu lui ſervir à obtenir la préférence pour l'acquérir, on ne peut pas dire qu'il l'a acquis en vertu d'un droit antérieur au mariage; car on ne peut pas avoir de droit à ce qui n'exiſte pas.

Mais lorſque le mari avoit un office avant ſon mariage, qui a été ſupprimé durant le mariage, & enſuite rétabli moyennant finance, ſans que le mari ait été obligé de prendre de nouvelles proviſions; cet office rétabli, eſt cenſé le même office qu'il avoit avant le mariage, & eſt par conſéquent propre de communauté; la ſuppreſſion eſt cenſée en ce cas s'être convertie en une ſimple taxe.

166. *Troiſieme Regle.* L'héritage acquis par l'un des conjoints en vertu d'un droit, qui de ſa nature n'eſt pas ceſſible, eſt propre de communauté, quoique le droit ſoit né durant la communauté.

Cette regle reçoit ſon application au droit de retrait lignager: quoique le droit de retrait lignager ſoit né durant le mariage, par la vente qui a été faite durant ce temps, d'un héritage que l'un

des conjoints avoit droit de retirer par retrait lignager; l'héritage que ce conjoint a acquis par le retrait lignager qu'il a exercé, est propre de communauté; car le droit de retrait lignager étant un droit qui par sa nature n'est pas cessible, & que le lignager, à qui il appartient, ne peut exercer pour le compte d'un autre, ni en total, ni pour partie, il s'ensuit que le conjoint lignager n'a pu exercer ce droit que pour son compte seul, & non pour le compte de sa communauté; d'où il suit que l'héritage qu'il a acquis en vertu de ce droit, & auquel ce droit s'est terminé, lui est propre de communauté.

La Coutume d'Orléans, *art.* 382, *en* a une disposition, qui étant fondée sur des principes pris dans la nature des choses, doit être suivie dans les autres Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Il y est dit: » Si le mari, à cause de sa femme, retrait quelque héritage, il est fait » propre d'icelle femme. »

Bien entendu, à la charge de la récompense envers la communauté, sur laquelle la Coutume s'explique dans la suite dudit article.

Par la même raison, si le mari exerce durant le mariage le retrait lignager d'un

héritage de sa famille, il lui est pareillement propre de communauté.

167. Il en est autrement du retrait conventionnel : ce droit étant cessible, & capable par conséquent d'entrer en communauté ; lorsque ce droit est né durant le mariage, par la vente qui a été faite durant ce temps, de quelque héritage sujet à ce droit, il tombe dans la communauté ; & l'héritage acquis en vertu de ce droit, est conquêt, comme nous l'avons déja vu *suprà*, *n.* *125*.

168. *Quatrieme Regle.* Les héritages, ou autres immeubles donnés à l'un ou à l'autre des conjoints entre-vifs, ou par testament, sont conquêts de leur communauté légale, sauf en trois cas : 1°. Lorsque la donation précede le temps du mariage, quoiqu'elle soit faite en faveur du mariage & par le contrat de mariage : 2°. Lorsqu'elles sont des avancemens de succession, ou actes qui en tiennent lieu : 3°. Lorsqu'elles sont faites, à la charge que les choses données seront propres au donataire.

Cette regle est tirée de l'article 246 de la Coutume de Paris, qui est conçu en ces termes : » Chose immeuble donnée à l'un des conjoints pendant leur » mariage, à la charge qu'elle sera pro-

» pre de communauté, ne tombe en
» communauté; mais ſi elle eſt donnée
» ſimplement à l'un des conjoints, elle
» eſt commune, fors, & excepté les
» donations faites en ligne directe,
» leſquelles ne tombent en communau-
» té. »

Cette diſpoſition de la nouvelle Coutume de Paris a été inſérée préciſément dans les mêmes termes, dans l'article 211 de notre nouvelle Coutume d'Orléans, qui a été rédigée trois ans après celle de Paris par les mêmes Commiſſaires.

Notre Coutume d'Orléans, pour plus grande explication, a ajouté en fin dudit article 211 ce qui ſuit, qui n'étoit que ſous-entendu dans celle de Paris:
» Mais la choſe immeuble donnée à l'un
» des conjoints par traité & en faveur
» de mariage, eſt propre au donataire,
» s'il n'eſt dit autrement; » (c'eſt-à-dire, s'il n'eſt dit expreſſément que la choſe eſt donnée pour être ameublie à la communauté.)

Ces diſpoſitions des Coutumes de Paris & d'Orléans ne ſont pas des diſpoſitions locales, elles ſont puiſées dans les principes généraux de la matiere de la communauté entre conjoints par ma-

riage, & doivent par conséquent être suivies par-tout où cette communauté a lieu.

Cette communauté est en cela plus étendue que la société universelle que deux personnes contracteroient de tous les gains & profits qu'ils feroient durant le cours de cette société; cette société qu'on appelle en Droit, *societas universorum quæ ex quæstu veniunt*, ne comprend que ce qui est acquis à titre de commerce, *aut ex re communi*, & ne s'étend pas à ce qui est donné à l'un des associés; Loix 9, 10, 11, 71, §. 1, ff. *pro socio*.

169. Le premier cas d'exception que nous avons proposé par cette quatrieme regle, est une suite de notre seconde regle.

Suivant cette regle, les héritages dont le titre d'acquisition précede le mariage, ne sont pas conquêts, mais sont propres de communauté. Or, le contrat de mariage doit toujours précéder le mariage; les donations faites par le contrat de mariage des conjoints, sont donc propres de communauté à celui des conjoints à qui elles ont été faites.

Ce cas d'exception est aussi formelle-

ment exprimé en fin de l'article 211 de la Coutume d'Orléans, que nous avons ci-dessus rapporté.

170. Cela a lieu quand même la donation auroit été faite aux deux futurs conjoints; l'héritage ne seroit pas pour cela conquêt, mais il seroit propre de communauté pour moitié, de chacun des conjoints, ce qui est fort différent; car le mari ne peut en ce cas disposer de la moitié qui appartient à sa femme, sans le consentement de sa femme; & la femme, ou ses héritiers, peuvent, en cas de renonciation à la communauté, retenir comme un propre la moitié de cet héritage; au-lieu que s'il étoit conquêt, le mari pourroit, sans le consentement de sa femme, disposer du total; & s'il n'en avoit pas disposé, la femme ni ses héritiers ne pourroient, en cas de renonciation, y prétendre aucune part.

Quoique les termes de la donation de quelque héritage, faite par le contrat de mariage, expriment qu'elle est faite *aux futurs époux*, néanmoins lorsque l'un des futurs est un des enfans & descendans du donateur, ou même son héritier présomptif en ligne collatérale, le donateur est facilement présumé n'avoir entendu faire sa donation qu'à lui, & ne

s'être servi de ces termes, *aux futurs époux*, que par rapport à la jouissance de l'héritage, qui devoit être commune aux futurs pendant leur communauté; c'est pourquoi l'héritage lui sera pour le total, propre de communauté.

Il y a plus: lorsque par le contrat de mariage, un parent de la ligne directe ascendante de la future épouse, ou même son proche parent en collatérale, dont elle est l'héritiere présomptive, a fait donation de quelque héritage en ces termes, *en faveur de mariage a donné au futur époux tel héritage*; quoiqu'il ne soit pas parlé, par la donation, de la future épouse, néanmoins le donateur est facilement présumé avoir voulu donner à la future épouse, & n'avoir pas entendu donner *au futur époux* en son propre nom, mais en son nom & qualité d'époux & de mari, comme ayant en cette qualité de mari, qualité pour accepter & recevoir ce qui est donné pour la dot de sa femme.

C'est ce que nous enseigne Dumoulin dans l'espece d'une donation faite par contrat de mariage par le pere de la future épouse au futur époux: *Quamvis verba*, dit-il, *non concipiantur in filiam, sed in futurum generum; nisi specialiter dicatur*

genero pro se & suis, non censetur ei data in sponsalitiam largitatem, sed in dubio censetur ei datum in dotem, & pro dote sponsæ. . videtur ipsi mulieri dare, non autem viro nisi in qualitate viri. . . . manet ergò domus dotalis & proprium patrimonium filiæ.

Quelques Coutumes ont, par une disposition expresse, autorisé ces présomptions, & en ont fait des présomptions de Droit. Celle du Maine, *art.* 345, dit: » *Donation faite en faveur de mariage d'héritier ou d'héritiere présomptive du donneur. . . .* supposé qu'elle soit faite aux » deux conjoints, ou à celui d'eux qui » n'est héritier du donneur, est vue être » faite en faveur du parent ou parente » du donneur, *&c.* »

Dans les autres Coutumes il est laissé à l'arbitrage du Juge à décider par les circonstances, à qui la donation doit être présumée faite.

Observez que lorsque la donation est faite par contrat de mariage par un parent de la future *au futur époux*, on peut, selon les circonstances, avoir quelque prétexte pour l'entendre d'une donation faite à la future, comme nous l'avons vu ci-dessus, *contrà vice versâ*, lorsqu'elle est faite *à la future épouse* par

un parent du futur, il n'y a aucun prétexte, ni aucune couleur ſous laquelle on puiſſe ſe diſpenſer de regarder cette donation, autrement que comme faite effectivement & véritablement à la future.

171. Le ſecond cas d'exception que nous avons propoſé, eſt lorſque la donation eſt un avancement de ſucceſſion, ou un acte qui en tient lieu : c'eſt une ſuite de notre premiere regle... Suivant cette regle, il n'y a que les acquêts qui puiſſent être conquêts; les immeubles donnés en avancement de ſucceſſion étant propres & non acquêts, ils ne peuvent être conquêts.

La Coutume de Paris en l'article 246, ci-deſſus rapporté, fait mention de notre ſecond cas d'exception en ces termes : *Fors & excepté les donations faites en ligne directe, leſquelles ne tombent en communauté.*

172. Néanmoins, ſi le pere ou la mere de l'un des conjoints, par la donation qu'ils lui ont faite d'un héritage, ſoit par le contrat de mariage, ſoit depuis le mariage, avoient expreſſément déclaré par l'acte de donation, que leur volonté étoit que l'héritage donné, entrât en la communauté de ce conjoint;

cet héritage y entreroit ; cette clauſe de la donation ſeroit une eſpece d'ameubliſſement de cet héritage.

173. Lorſqu'un pere par la donation qu'il a faite d'un héritage à ſon gendre & à ſa fille pendant leur communauté, a déclaré qu'il le leur donnoit pour appartenir à chacun d'eux par moitié ; eſt-il cenſé par cette clauſe avoir voulu que l'héritage entrât en leur communauté ? Non, mais il eſt cenſé, ſelon le ſens obvie des termes, avoir donné une moitié de cet héritage à ſa fille, & l'autre moitié à ſon gendre ; en conſéquence, l'héritage pour la moitié qui a été donnée à la fille, ſera un propre de la fille, & il ſera pour l'autre moitié qui a été donnée au gendre, un conquêt de leur communauté : en conſéquence, lors de la diſſolution de la communauté, au cas qu'elle ſoit acceptée par la femme ou ſes héritiers, l'homme n'aura qu'un quart au total de cet héritage. Si c'étoit par le contrat de mariage, que la donation eût été faite de cette maniere, il ſeroit propre à chacun d'eux pour moitié.

174. La Coutume s'étant exprimée indiſtinctement par ces termes, *en ligne directe*, on a fait la queſtion, ſi les héritages

ritages donnés par un enfant à ſon pere pendant le mariage de ſon pere, étoient dans le cas de l'exception, & devoient être propres de communauté à ſon pere? Renuſſon décide pour l'affirmative, & il ſe fonde ſur ce que la Coutume s'eſt exprimée indiſtinctement, ſans diſtinguer la ligne deſcendante de l'aſcendante. Je crois qu'il ſe trompe. Si la Coutume n'a pas exprimé la diſtinction de la ligne directe deſcendante, & de l'aſcendante, c'eſt qu'il a paru que cette diſtinction ſe ſous-entendoit aſſez facilement, ſans qu'il fût beſoin de l'exprimer : en effet cette exception n'eſt fondée que ſur ce que les donations en ligne directe ſont des avancemens de ſucceſſion, ou des actes qui en tiennent lieu, & conſéquemment que les héritages ou autres immeubles donnés en ligne directe, ſont des propres, & non des acquêts qui ne peuvent par conſéquent être *conquêts* : or, il eſt évident que cette raiſon ne peut recevoir d'application qu'aux donations faites à l'un des conjoints par quelqu'un de ſes parens de la ligne directe aſcendante, n'y ayant que ces donations qui ſoient des avancemens de ſucceſſion ; on ne peut pas dire de même, que les donations faites à l'un des conjoints par

quelqu'un de ses enfans, soient un avancement de succession; ce seroit pervertir l'ordre de la nature. Les héritages donnés à ce conjoint par un de ses enfans, ne sont donc pas dans le cas de l'exception ; ils ne sont pas des propres, ce sont des acquêts ; & par conséquent des conquêts, si la donation a été faite pendant le mariage.

Cela a lieu, quand même la femme de celui à qui la donation a été faite, ne seroit que la belle-mere du donateur. Si l'enfant donateur a fait cette donation en majorité, & après que son pere lui a rendu compte ; cette donation sera valable, & l'héritage donné entrera dans la communauté qui est entre son pere & sa belle-mere, s'il n'est pas stipulé par l'acte qu'il sera propre au donataire.

Envain dira-t-on qu'il n'est pas présumable que l'enfant, en donnant un héritage à son pere, ait eu intention que sa belle-mere en profitât : si le donateur ne vouloit pas qu'elle en profitât, il étoit en son pouvoir de l'empêcher, en apposant à sa donation la clause que l'héritage donné seroit propre au donataire : lorsqu'il ne l'a pas apposée, il est censé avoir consenti que sa belle-

mere pût profiter de la donation, comme commune.

175. La Coutume de Paris n'excepte que les donations *en ligne directe*; parce que, ſuivant la Coutume de Paris, & ſuivant le Droit commun, il n'y a que les donations en ligne directe qui ſoient réputées *avancement de ſucceſſion*. Dans les Coutumes qui regardent auſſi comme *avancemens de ſucceſſion*, les donations faites à l'héritier préſomptif en collatérale, les héritages donnés durant le mariage, à l'un des conjoints, héritier préſomptif en collatérale du donateur, doivent être auſſi compris dans notre ſecond cas d'exception, comme nous l'avons vu ſur la premiere regle.

176. Le troiſieme cas d'exception propoſé par notre quatrieme regle, eſt lorſque la donation eſt faite, à la charge que la choſe donnée ſera propre au donataire. La Coutume de Paris dans l'article que nous avons ci-deſſus rapporté, en fait mention; il y eſt dit: « Choſe » immeuble donnée à l'un des conjoints, » pendant leur mariage, à la charge » qu'elle ſera propre au donataire, ne » tombe en communauté ».

Nous avons déja parlé de cette clauſe *ſuprà*, *n.* 102, dans le cas auquel elle

est apposée à une donation d'une somme d'argent, ou d'autres choses mobiliaires, auquel cas, de même que dans ce cas-ci, la clause, que les choses données seront propres au donataire, les empêche d'entrer dans la communauté.

Cela est fondé sur ce principe de la raison naturelle, qu'il est permis à celui qui donne quelque chose, de la donner sous telles conditions, & sous telles restrictions que bon lui semble : lors donc que le donateur n'a donné, qu'à condition que les choses qu'il donnoit, n'entreroient pas dans la communauté du donataire, ce qu'il a suffisamment témoigné, en déclarant qu'elles seroient propres au donataire, les choses données n'y doivent pas entrer.

177. Observez que lorsque la donation est une donation entre-vifs, cette clause pour être valable, doit être apposée incontinent par l'acte de donation; inutilement seroit-elle apposée *ex intervallo* après la conclusion de l'acte, par une convention qui interviendroit entre le donateur & le donataire. La raison est que les donations entre-vifs recevant toute leur perfection, aussi-tôt que l'acte est achevé, il ne peut plus être au pouvoir du donateur d'en changer l'effet :

les choses données ayant cessé dès lors d'appartenir au donateur, le donateur n'en ayant plus en conséquence la disposition, il ne peut plus rien prescrire ni ordonner par rapport à ces choses. D'ailleurs, les choses données ayant été aussi-tôt la perfection & la conclusion de la donation, acquises à la communauté, elle n'en peut plus être dépouillée.

Cela a lieu, quand même l'autre conjoint interviendroit à la convention faite *ex intervallo*, & donneroit son consentement à la clause, que l'héritage donné seroit propre au conjoint donataire : car ce consentement seroit un avantage qu'il feroit au conjoint donataire, durant le mariage, ce qui n'est pas permis; nos Loix ayant interdit tout avantage direct ou indirect entre conjoints durant le mariage.

Lorsque la donation est une donation testamentaire, ces donations n'étant parfaites que par la mort du testateur, il est toujours au pouvoir du testateur tant qu'il vit, d'y apposer cette clause.

178. Quand même j'aurois souscrit au contrat de mariage de mon héritier présomptif, par lequel il étoit convenu que tout ce qui adviendroit à chacun des conjoints pendant le mariage, par suc-

cession, donation ou autrement entre-vifs entreroit en communauté, cela ne m'empêcheroit pas de pouvoir apposer valablement à la donation que je lui ferois depuis durant le mariage, la condition que les choses données n'entreront pas en communauté : car en souscrivant au contrat de mariage où étoit cette convention, je ne me suis pas pour cela obligé à rien laisser de mes biens à ce conjoint, qui étoit mon héritier présomptif : ayant donc été le maître de disposer de mes biens envers d'autres personnes, & de ne lui en rien laisser, il a dû être en mon pouvoir en les lui donnant, d'apposer à ma donation telles conditions que bon m'a semblé.

179. Dans la donation qui est faite à l'un des conjoints durant le mariage, la clause que l'héritage donné lui sera propre, doit être expresse ; elle ne s'infere pas de ce qu'il a été donné à la charge d'une substitution ; l'héritage donné ne laisse pas de tomber en ce cas dans la communauté, avec la charge de la substitution ; & la communauté venant à se dissoudre par la mort de l'autre conjoint, ses héritiers prennent leur part dans cet héritage, & en jouissent jusqu'à l'ouverture de la substitution.

180. La clause apposée à la donation que le donateur fait de quelqu'héritage à l'un des conjoints son héritier présomptif en ligne collatérale, que la donation lui est faite en avancement de sa succession, renferme-t-elle la clause que l'héritage donné sera propre au donataire ? Je pense qu'elle la renferme ; il est vrai que cette clause, que la donation est faite en avancement de succession, ne peut pas avoir l'effet que la donation soit véritablement avancement de succession : car un avancement de succession est l'acquittement que quelqu'un fait d'avance de la dette naturelle de sa succession ; il est impossible que la donation que quelqu'un fait à son héritier présomptif, en ligne collatérale, soit un acquittement anticipé de la dette naturelle de sa succession, puisque nous ne devons pas notre succession à nos héritiers collatéraux, & qu'il repugne qu'on s'acquitte de ce qu'on ne doit pas ; cette donation ne peut donc pas être un avancement de succession, quelque clause qu'on ait apposée : il est vrai aussi que cette clause ne peut pas avoir l'effet de donner à l'héritage la qualité de bien patrimonial, & d'empêcher qu'il ne soit acquêt, tant qu'il n'a pas encore été rapporté à la

ſucceſſion du donateur ; les qualités de bien patrimonial & d'acquêt ne dépendant pas de la volonté des perſonnes, mais de la nature du titre ; mais ſi cette clauſe ne peut pas avoir ces effets, que la nature des choſes ne permet pas qu'elle puiſſe avoir, elle doit avoir ceux que le donateur, qui l'a appoſée à ſa donation, a pu lui procurer, & par conſéquent elle doit avoir non-ſeulement l'effet que le donataire ſoit tenu, lorſqu'il viendra à la ſucceſſion du donateur, d'y rapporter & d'y précompter ſur ſa part héréditaire, l'héritage qui lui a été donné ſous cette clauſe ; mais elle doit pareillement avoir l'effet que l'héritage ſoit un propre de communauté du donataire, & ne tombe pas plus dans ſa communauté, que s'il lui étoit échu de la ſucceſſion du donateur.

181. Lorſque quelqu'un a fait durant la communauté à l'un des conjoints don ou legs d'une rente viagere, avec l'expreſſion, que c'étoit *pour ſes aliments* ; le donateur me paroît en ce cas avoir par cette expreſſion ſuffiſamment déclaré ſa volonté, que la rente demeurât propre au conjoint donataire, ſans que lors de la diſſolution de la communauté, les héritiers de l'autre conjoint puiſſent prétendre aucune part dans les arrérages

qui courront depuis la diſſolution de communauté.

Quoique le teſtateur n'ait pas exprimé qu'il léguoit la rente viagere pour les alimens du légataire, cela peut facilement ſe préſumer, ſoit par la qualité de la perſonne du légataire, ſoit par d'autres circonſtances; comme lorſqu'un maître a légué une rente viagere à un domeſtique, le legs eſt préſumé fait pour ſes alimens, quoique cela ne ſoit pas exprimé, & il ne tombe pas par conſéquent dans la communauté du légataire, ſi ce n'eſt pour les arrérages qui en courront pendant que la rente durera.

Cette préſomption n'a pas ſi facilement lieu dans les donations entre-vifs, qui ne ſont pas ſuſceptibles d'une interprétation auſſi étendue que les teſtamens.

182. Il nous reſte à obſerver que la clauſe que l'héritage donné ſera propre au donataire & n'entrera pas dans la communauté, ne concerne que la propriété de cet héritage; elle n'empêche pas que les jouiſſances & revenus de cet héritage ne tombent dans la communauté tant qu'elle durera, de même que les jouiſſances des autres propres des conjoints y tombent; ce qui a lieu à

moins que le contraire ne fût convenu expressément : car le donateur étant le maître de donner sous telle condition que bon lui semble, il peut valablement stipuler que l'héritage qu'il donne n'entrera dans la communauté, ni pour le fonds, ni pour les jouissances, & que le donataire aura la reprise de celles qui y seront tombées ; mais cette clause étant insolite, doit être bien expresse.

183. Aux trois exceptions que nous venons d'exposer, on peut en ajouter une quatrieme, qui est que les dons ou legs quoique faits durant le mariage, ne tombent pas en communauté, lorsque la chose donnée ou léguée à l'un des conjoints, est de nature à ne pouvoir subsister que dans la personne du conjoint à qui elle est léguée, & est incommunicable à d'autres ».

Par exemple, si mon créancier d'une rente ou de quelqu'autre chose, me fait par don ou legs, durant mon mariage, remise de ce que je lui dois ; ce don ou legs par la nature de la chose donnée ou léguée, ne peut tomber dans ma communauté, & j'en dois seul profiter ; la libération & la décharge d'une dette, est quelque chose qui ne peut subsister que dans celui qui en est le débiteur ; & il

n'y a que lui qui en puisse profiter.

Il en seroit autrement si le legs ne portoit pas que le testateur fait remise à un tel de la rente qu'il lui doit ; mais qu'il fût dit qu'il legue à tel la rente qu'il lui doit ; en ce cas la rente due par le conjoint légataire, tomberoit dans sa communauté : car la rente qu'il doit est une chose qui peut y tomber ; il est vrai qu'il se feroit en ce cas confusion & extinction de la rente, pour la part que le conjoint légataire, débiteur de cette rente, a dans les biens de sa communauté ; mais il en demeurera débiteur pour moitié envers l'autre conjoint, qui a moitié dans les biens de la communauté.

184. On peut apporter pour second exemple le legs qui me feroit fait durant mon mariage, d'un droit de servitude prédiale, pour la commodité de mon héritage propre de communauté, sur un héritage du testateur, voisin du mien ; ce legs par la nature de la chose léguée ne peut tomber dans ma communauté : car un droit de servitude prédiale est inséparable de l'héritage pour lequel il est constitué, & ne peut appartenir à d'autre qu'au propriétaire de cet héritage.

Il ne faut pas dire la même chose du legs d'un usufruit fait à l'un des conjoints, pendant le mariage; ce legs tombe en communauté : car quoique le fonds du droit d'usufruit, *ipsum jus usufructûs*, soit attaché à la personne de l'usufruitier. & ne puisse passer à d'autres; néanmoins, quant à l'émolument qu'il renferme, il est cessible & communicable, *ususfructus vendi & locari potest*, & par conséquent il peut tomber dans la communauté du légataire à qui il est légué.

185. *Cinquieme regle.* Lorsque l'un des conjoints rentre, durant le mariage dans un héritage par la rescision, la résolution, ou la simple cessation de l'aliénation qu'il en a faite, il redevient propriétaire au même titre auquel il l'étoit lorsqu'il l'a aliéné.

Corollaire premier. Il suit de cette regle, que l'héritage dans lequel l'un des conjoints est rentré durant le mariage, n'entre pas dans la communauté légale, si ce n'est qu'il eût été conquêt, lors de l'aliénation qui en a été faite durant le mariage, auquel cas il redevient conquêt, tel qu'il étoit.

Corollaire second. Lorsque l'héritage dans lequel le conjoint est rentré durant le mariage, a été aliéné avant le ma-

riage, il ne peut jamais être conquêt; car le titre auquel il en étoit propriétaire, lorsqu'il l'a aliéné, & qui revit, précédoit en ce cas nécessairement le temps du mariage : or suivant notre seconde regle, il n'y a de conquêts, que les acquêts dont le titre ne précede pas le temps du mariage.

Cette regle est évidente aussi bien que ses corollaires : n'y ayant aucun nouveau titre d'acquisition, en vertu duquel le conjoint redevienne propriétaire de l'héritage dans lequel il rentre, il est nécessaire que ce soit au même titre auquel il l'étoit lorsqu'il l'a aliéné; lequel titre revit en ce cas par la rescision, résolution ou cessation de l'aliénation qui avoit été faite de l'héritage.

186. Notre cinquieme regle comprend trois cas :

Le premier cas est celui auquel le conjoint rentre dans un héritage par la rescision de l'aliénation qu'il en avoit faite; nous pouvons supposer pour exemple de ce cas, que le conjoint a vendu un héritage, & que sur des lettres de rescision obtenues contre le contrat de vente, soit de sa part, soit de la part de l'acheteur, le contrat ayant été déclaré nul & les parties mises au même état

qu'avant le contrat, il est rentré dans l'héritage qu'il a vendu; y étant rentré par la rescision de la vente & de l'aliénation qu'il en avoit faite, on doit dire, suivant notre regle, qu'il en est redevenu propriétaire au même titre auquel il l'étoit lorsqu'il l'a aliéné; on peut même dire dans ce cas, pour raison surabondante, que l'aliénation ayant été rescindée & aliénée, le conjoint est censé n'avoir pas aliéné son héritage & en être toujours d meuré propriétaire au même titre auquel il l'a toujours été.

187. Le second cas de notre regle, est celui auquel le conjoint rentre dans l'héritage qu'il a aliéné, non par la rescision de l'aliénation qu'il en a faite, mais par une simple résolution de cette aliénation qui ne la détruise que pour l'avenir, & la laisse subsister pour le passé; on ne peut pas dire dans ce cas-ci, comme dans le précédent, que le conjoint est censé n'avoir pas aliéné l'héritage dans lequel il rentre, & en avoir toujours été propriétaire au même titre auquel il l'a toujours été; mais on peut toujours dire que quoiqu'il ait véritablement cessé pendant un temps d'être propriétaire de l'héritage dans lequel il rentre, n'y ayant aucun nouveau

titre d'acquisition en vertu duquel il en redevienne propriétaire, il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lorsqu'il l'a aliéné, comme nous l'avons dit ci-dessus.

On peut apporter plusieurs exemples de ce cas.

Premier exemple. L'un des conjoints, dans un temps auquel il n'avoit point d'enfans, a fait donation à quelqu'un d'un héritage; depuis, la donation ayant été revoquée par la survenance d'un enfant, il est rentré durant son mariage dans cet héritage; il n'y rentre en ce cas que par la simple résolution de l'aliénation qu'il en avoit faite; il n'y a aucun nouveau titre d'acquisition, en vertu duquel il en redevienne propriétaire; il ne peut donc le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lorsqu'il l'a aliéné.

Second exemple. L'un des conjoints a vendu son héritage sous faculté de réméré; il est rentré, durant le mariage, dans cet héritage en vertu de son droit de réméré: on ne peut pas dire que ce réméré qu'il a exercé, soit une nouvelle vente ni une rétrocession que l'acheteur lui ait faite de l'héritage, puisqu'il n'est pas besoin pour ce réméré d'un nouveau consentement de l'acheteur; ce réméré

n'eſt donc que la réſolution de la vente & de l'aliénation que ce conjoint avoit faite de l'héritage dans lequel il rentre ; ce n'eſt pas un nouveau titre d'acquiſition en vertu duquel il en redevienne le propriétaire, & par conſéquent il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lorſqu'il l'a vendu.

188. Il n'importe que la réſolution de l'aliénation ſe faſſe *ex causâ antiquâ neceſſariâ & inexiſtenti contractui*, comme dans les deux exemples précédents, ou que ce ſoit *ex causâ novâ*, comme dans ceux qui ſuivent.

Troiſieme exemple. L'un des conjoints qui avoit fait donation à quelqu'un d'un héritage, y eſt rentré durant le mariage, en vertu d'un jugement qui a déclaré la donation révoquée pour cauſe d'ingratitude & lui a permis d'y rentrer ; ce jugement n'eſt pas un nouveau titre d'acquiſition, il ne renferme qu'une réſolution de la donation & de l'aliénation ; le conjoint n'en redevenant donc pas propriétaire en vertu d'aucun nouveau titre d'acquiſition, il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lors de l'aliénation qu'il en a faite.

Quatrieme exemple. L'un des conjoints

eſt rentré, durant le mariage, dans un héritage qu'il avoit aliéné à titre de bail à rente, par le déguerpiſſement que lui en a fait le preneur durant le mariage; ce déguerpiſſement n'eſt pas un nouveau titre d'acquiſition, ce n'eſt que la réſolution du bail à rente qui en avoit été fait; le conjoint ne redevenant donc pas en ce cas propriétaire de l'héritage dans lequel il rentre en vertu d'aucun nouveau titre d'acquiſition, il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lors du bail à rente qu'il en a fait.

199. *Cinquieme exemple.* L'un des conjoints qui avoit vendu un héritage, y rentre durant le mariage, en vertu d'une convention qu'il a avec l'acheteur qui n'avoit pas encore payé le prix de ſon acquiſition, ou qui ne l'avoit payé qu'en partie, par laquelle cet acheteur s'eſt déſiſté purement & ſimplement de la vente qui lui en a été faite : ce déſiſtement n'eſt pas une rétroceſſion, ni une nouvelle vente, que l'acheteur faſſe à ce conjoint de l'héritage; ce n'eſt qu'une réſolution de celle que ce conjoint lui en avoit faite, c'eſt plutôt *diſtractus quàm novus contractus.* La Coutume d'Orléans ſuivie en ce point dans celles qui ne

s'en font pas expliquées, en a une disposition précise dans l'article 112, par lequel elle déclare qu'il n'est pas dû un nouveau profit de vente par ce désistement ; ce qui suppose qu'il ne renferme pas une nouvelle vente, mais une simple résolution de la premiere. Le conjoint qui rentre, durant le mariage, en vertu de ce désistement dans l'héritage qu'il avoit vendu, n'en redevenant pas propriétaire en vertu d'un nouveau titre d'acquisition, il ne peut le redevenir qu'au même titre auquel il l'étoit lorsqu'il l'a vendu.

190. Cette décision n'a lieu que lorsque le désistement de l'acheteur, en vertu duquel le conjoint est rentré dans l'héritage qu'il lui avoit vendu, est un désistement pur & simple ; si ce désistement ne s'est fait que pour quelqu'augmentation de prix & à de nouvelles conditions, ce n'est pas en ce cas un simple désistement, c'est une rétrocession ; c'est une nouvelle vente que cet acheteur fait de l'héritage au conjoint qui le lui avoit vendu ; le conjoint qui y rentre, en vertu de cette convention qu'il a eue avec l'acheteur durant le mariage, en redevient propriétaire en vertu d'un nouveau titre d'acquisition ; & ce nouveau titre étant

du temps du mariage, l'héritage eſt conquêt.

Il en eſt de même, lorſqu'après que la vente que l'un des conjoints a faite de ſon héritage, a été entiérement conſommée de part & d'autre, par la tradition de l'héritage & le paiement du prix en entier, ce conjoint a durant le mariage une convention avec l'acheteur qui lui rétrocéde l'héritage pour le même prix; cette rétroceſſion que fait l'acheteur, quoique faite pour le même prix & aux mêmes conditions, ne peut être regardée comme un ſimple déſiſtement de la vente qui lui en avoit été faite; car on ne peut ſe déſiſter que des actes qui n'ont pas encore reçu toute leur exécution : *diſcedi poteſt ab actu inchoato non ab actu conſummato*; elle ne peut donc être regardée que comme une nouvelle vente que l'acheteur fait de cet héritage à ce conjoint qui le lui avoit vendu, & comme un nouveau titre d'acquiſition en vertu duquel il en redevient propriétaire; ce nouveau titre étant du temps du mariage, il eſt ſans difficulté que l'héritage devient conquêt, quand même il auroit été propre de communauté lorſque le conjoint l'a vendu, à moins que la rétroceſſion n'ait été faite

expreſſément pour tenir lieu du remploi dû à ce conjoint, pour la vente qu'il en avoit faite durant le mariage, auquel cas il ſeroit propre de communauté par ſubrogation, comme nous le verrons *infrà* ſur la regle 8.

Notre déciſion doit avoir lieu, quand même on ne ſe ſeroit pas ſervi par l'acte du terme *de rétroceſſion*, mais de celui de déſiſtement; *putà*, s'il étoit dit, que l'*acheteur ſe déſiſte de la vente d'un tel héritage qui lui a été faite par un tel, conſent qu'il y rentre en lui rendant le prix qu'il a payé*; l'acte ne devroit pas moins paſſer pour une véritable rétroceſſion & pour un nouveau titre : car on doit plutôt conſidérer dans les actes, la nature de l'acte, que les termes dans leſquels il eſt conçu : *magis ſpectandum id quod actum eſt quàm verba.*

191. Le troiſieme cas de notre regle, eſt lorſque le conjoint rentre dans un héritage par la ceſſation de l'aliénation qu'il en a faite; comme lorſque l'ayant aliéné pour un certain temps, ou juſqu'à l'événement d'une certaine condition, il y rentre par l'expiration de ce temps ou par l'événement de cette condition: redevenant en ce cas propriétaire de l'héritage ſans aucun nouveau titre d'ac-

quiſition, il le redevient au même titre auquel il l'étoit lorſqu'il l'a aliéné.

192. *Sixieme regle.* Ce qui eſt uni par une union réelle à un héritage, en ſuit la nature; c'eſt pourquoi, ce qui eſt uni, quoique pendant le mariage, par une union réelle à un héritage propre de communauté, eſt propre comme l'héritage auquel il eſt uni.

La raiſon eſt que ce qui eſt uni par une union réelle à un héritage, ne faiſant qu'un ſeul & même corps & qu'une ſeule & même choſe avec l'héritage auquel il eſt uni, il ne peut avoir d'autre qualité que celle qu'a l'héritage auquel il eſt uni; n'étant pas quelque choſe de diſtingué réellement de cet héritage, il ne peut avoir aucune qualité qui lui ſoit propre & qui ſoit diſtinguée de celle de l'héritage auquel il eſt uni; c'eſt le cas de la maxime : *acceſſorium ſequitur naturam rei principalis.*

Premier exemple. Lorſque le propriétaire d'un héritage voiſin d'une riviere navigable, a par conceſſion du Prince, le droit d'alluvion, c'eſt-à-dire, d'avoir les accrues que la riviere feroit à ſon héritage, leſquelles ſans une pareille conceſſion appartiennent au Roi, les accrues qui ſe ſont faites, quoique du-

rant le mariage à cet héritage, ne sont point conquêts; mais sont propres de communauté si l'héritage est propre de communauté : car étant unies par une union réelle & naturelle à cet héritage, & ne faisant par conséquent avec lui, qu'une seule & même chose, qu'un seul & même héritage, elles ne peuvent avoir une autre qualité que la sienne.

Second exemple. Lorsqu'on a construit, quoique durant le mariage, un bâtiment sur un terrein propre de communauté; ce bâtiment étant censé ne faire qu'une seule & même chose, avec le terrein sur lequel il est construit, & en étant un accessoire suivant la regle : *ædificium solo cedit.* Inst. *de rer. div.* §. 31; il doit suivant cette regle : *accessorium sequitur naturam rei principalis*, avoir la même qualité de propre de communauté qu'a le terrein, sauf la récompense que doit en ce cas à la communauté, le conjoint propriétaire du terrein, comme nous le verrons *infrà.*

193. Il n'en est pas de même de l'union qui n'est que civile. Par exemple, si j'ai acquis durant mon mariage un héritage qui relevoit en fief ou en censive d'une terre Seigneuriale qui m'étoit propre de communauté; quoique cet héri-

tage soit réuni à mon fief, duquel il relevoit, & ne fasse plus avec lui qu'un seul & même fief, il ne laissera pas d'être conquêt, & il n'aura pas la qualité de propre de communauté qu'a mon fief dont il relevoit; car quoiqu'il soit réuni à mon fief, & qu'il ne fasse plus qu'un même fief avec lui, cette union n'est qu'une union civile, ce n'est qu'une union de fief, ce n'est pas une union réelle & naturelle; cet héritage que j'ai acquis, nonobstant cette union de féodalité, est réellement un corps différent & distingué de ma terre seigneuriale dont il relevoit en fief ou en censive, & il est par conséquent susceptible d'une qualité différente; rien ne l'empêche d'être conquêt, quoique ma terre soit un propre de communauté.

194. Pareillement lorsque l'union qui s'est faite d'un héritage que j'ai acquis durant mon mariage à un héritage qui m'étoit propre de communauté, n'est qu'une union de simple destination; cette union n'empêche pas l'héritage d'être conquêt. Par exemple, si j'ai acquis durant mon mariage une piece de terre, voisine des terres d'une métairie qui m'est propre de communauté, & que depuis j'aie compris dans le bail à ferme que j'ai fait de

cette métairie, cette piece de terre nouvellement acquise, avec les autres terres dépendantes anciennement de cette métairie; quoique par le bail à ferme j'aie uni cette piece de terre à ma métairie, en la comprenant dans le bail à ferme que j'en ai fait; cette piece de terre ne laissera pas d'être un conquêt, & n'aura pas la qualité de propre de communauté qu'a ma métairie; car cette union ne consiste que dans la seule destination du pere de famille, & n'est point une union réelle, puisque depuis que j'ai compris la piece de terre nouvellement acquise dans le bail de la métairie, elle est tout aussi réellement séparée & distinguée des anciennes terres de cette métairie, qui sont propres de communauté, comme elle l'étoit avant que je l'eusse comprise dans ce bail, & même avant que je l'eusse acquise; & par conséquent elle peut avoir une qualité différente.

Il en seroit de même, quand même j'aurois enfermé dans mon parc la piece de terre nouvellement acquise, en reculant les murs de mon parc, cela n'empêche pas cette piece d'être conquêt, quoique le reste de mon parc fût propre de communauté; car cette union qui unit cette terre au reste de mon parc, n'est

n'eſt qu'une union de ſimple deſtination, ce n'eſt pas une union réelle ; quoiqu'elle ſoit enfermée dans mon parc, elle ne change pas de place, & elle eſt auſſi réellement diſtinguée des autres terres de mon parc, comme elle l'étoit auparavant.

Pareillement, lorſque l'un des conjoints a acheté, pendant la communauté, la maiſon voiſine d'une qui lui étoit propre, & que des deux il n'en a fait qu'une ; cette union n'eſt qu'une union de deſtination : car le terrein de la maiſon nouvellement acquiſe demeure réellement diſtinguée, comme il l'étoit de celui de l'ancienne ; il ne doit donc pas prendre la qualité de propre qu'a celui de l'ancienne, mais il eſt avec tout ce qu'il contient, un conquêt de communauté.

195. *Septieme regle.* Ce qui reſte d'un héritage, en conſerve la qualité ; auſſi-bien que les droits qu'on y retient, lorſqu'on l'aliene ; c'eſt pourquoi ce qui reſte d'un héritage propre de communauté, eſt propre de communauté, auſſi-bien que les droits qu'on a retenus dans cet héritage, ou par rapport à cet héritage, en l'aliénant.

Par exemple, ſi une maiſon propre

de communauté vient à être incendiée, durant le mariage, la place & les matériaux qui en restent, conservent la qualité de propre de communauté qu'avoit la maison; ils conservent même la qualité de propre en matiere de succession, si la maison incendiée avoit cette qualité.

Observez à l'égard des matériaux, qu'ils ne conservent la qualité d'immeubles, que tant qu'on n'a pas abandonné le dessein de reconstruire la maison, & de les employer à la reconstruction, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 62. Lorsque ce dessein paroît abandonné, ils demeurent meubles, & ne sont plus par conséquent susceptibles de la qualité de propre en matiere de succession; mais quoique devenus meubles, ils conservent toujours la qualité de propre de communauté; car les choses quoique de nature mobiliaire, qui proviennent d'un propre de communauté, n'entrent point en communauté, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 96.

196. Pareillement, les droits qu'on retient en aliénant un héritage propre de communauté, sont pareillement propres de communauté, non-seulement les droits qu'on retient dans l'héritage même, tels que les droits de cens, de rente foncié-

re, d'usufruit, *&c.* qu'on appelle *jus in re;* mais aussi les droits qu'on retient à la chose, qui tendent à rentrer un jour dans la chose, qu'on appelle *jus ad rem;* tels que ceux qui naissent d'une clause de réméré ou de quelqu'autre clause résolutoire, expresse ou tacite, sous laquelle l'aliénation est faite.

197. *Huitieme regle.* Les héritages & autres immeubles, quoiqu'acquis durant la communauté, sont propres de communauté par la fiction de la subrogation, lorsqu'ils ont été acquis à la place d'un propre de communauté, & pour en tenir lieu.

Pour l'intelligence de cette regle, il faut expliquer ce que c'est que la fiction de subrogation,

C'est une fiction de Droit, par laquelle une chose que j'ai acquise à la place d'une autre que j'ai aliénée, prend la qualité de la chose aliénée à la place de laquelle elle a été acquise, & à laquelle elle est subrogée.

Cette fiction n'a lieu qu'à l'égard des qualités extrinséques d'une chose, telles que sont la qualité de propre ou patrimoniale, & la qualité de propre de communauté; elle n'a pas lieu à l'égard des qualités intrinseques. On appelle quali-

tés intrinséques, celles qu'une chose a, en quelques mains qu'elle passe; telles sont les qualités de meuble, d'immeuble, d'héritage féodal, d'héritage censuel. Si j'acquiers une chose meuble, à la place d'un immeuble que j'ai aliéné, cette chose ne pourra pas acquérir par la fiction de subrogation la qualité d'immeuble. Pareillement, si j'acquiers un héritage censuel, à la place d'un féodal que j'ai aliéné, il ne pourra acquérir la qualité d'héritage féodal; parce que les qualités d'immeuble & de féodal sont des qualités intrinséques.

Pour que la fiction de la subrogation ait lieu, il faut encore que la chose que j'acquiers, à la place d'une que j'ai aliénée, soit capable & susceptible de la qualité qu'avoit la chose que j'ai aliénée; c'est pourquoi, si j'ai acquis une chose meuble, à la place d'un héritage patrimonial que j'ai aliéné, *putà* en changeant mon héritage patrimonial contre un diamant ou contre un tableau; ce diamant ou ce tableau ne pourront pas acquérir, par la fiction de la subrogation, la qualité de patrimonial ou propre en matiere de succession qu'avoit mon héritage, parce qu'il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de cette qua-

lité de bien patrimonial & *de propre* en matiere de succession ; un diamant, un tableau étant choses meubles, n'en sont pas susceptibles.

Mais les meubles étant susceptibles de la qualité de propre de communauté, aussi-bien que les immeubles, lorsque l'héritage propre de communauté de l'un des conjoints est aliéné, durant la communauté, pour une somme d'argent ou d'autres choses mobiliaires ; cette somme d'argent ou ces autres choses mobiliaires, ont par la subrogation, la qualité de propres de communauté de ce conjoint, & en conséquence elles n'y tombent qu'à la charge de la reprise au profit de ce conjoint.

Enfin pour qu'une chose acquiere par la fiction de la subrogation, la qualité de celle que j'ai aliénée, il faut qu'elle me tienne lieu immédiatement de celle que j'ai aliénée. Par exemple, si j'ai échangé mon héritage patrimonial contre un autre héritage ; cet héritage que j'ai acquis en échange du mien, aura par la fiction de la subrogation, la qualité de bien patrimonial & de propre en matiere de succession, qu'avoit celui que j'ai aliéné.

Au contraire si j'ai vendu mon héri-

tage patrimonial pour une certaine somme d'argent, pour laquelle l'acheteur m'a constitué une rente; cette rente que l'acheteur m'a constituée, n'acquerra pas par subrogation la qualité de bien patrimonial & de propre en matiere de succession qu'avoit l'héritage que j'ai vendu, quoique cette rente, qui est un immeuble soit susceptible de cette qualité; car cette rente ne me tient pas lieu immédiatement de l'héritage que j'ai vendu, elle me tient lieu plutôt du prix pour lequel je l'ai vendu; c'est pour ce prix qu'elle m'a été constituée: ce qui me tenoit lieu immédiatement de l'héritage que j'ai vendu, étoit le prix pour lequel je l'ai vendu; la qualité *de bien patrimonial* qu'avoit cet héritage n'ayant pu passer à ce prix, qui étant quelque chose de mobilier, n'en étoit pas susceptible; elle s'est éteinte, & n'a pu passer à la rente, qui m'a été constituée. Mais cette rente, quoiqu'elle m'ait été constituée durant le mariage par le contrat de vente que j'ai fait de mon héritage durant le mariage, & quoiqu'elle soit un acquêt que j'ai fait durant mon mariage, ne sera pas néanmoins conquêt, & elle aura, par le moyen de la subrogation, la qualité de propre de communauté; car cette qualité *de propre de com-*

munauté, étant une qualité dont les choses meubles sont susceptibles aussi-bien que les immeubles; cette qualité a passé de mon héritage au prix pour lequel je l'ai vendu, & de ce prix, à la rente qui a été constituée pour ce prix.

Lorsque le conjoint par le contrat d'échange qu'il a fait durant la communauté, a payé un retour en deniers pour l'héritage qu'il a reçu en contr'échange de son héritage propre, l'héritage qu'il a reçu en contr'échange sera-t-il conquêt au *prorata* de la somme de deniers payés pour la soulte de partage? D'Argentré, sur l'*art.* 418 de la Coutume de Bretagne, *gl.* 2, *n.* 3. suivi par Lebrun & Duplessis, décide que nonobstant la soulte, il ne laissera pas d'être propre pour le total, à la charge seulement de récompenser la communauté de la somme qui en a été tirée pour payer la soulte. La raison est que la soulte n'est qu'un accessoire du contrat, qui n'en doit pas changer la nature; ce contrat, nonobstant la soulte, est principalement un contrat d'échange que le conjoint a fait de son héritage propre contre un autre héritage, lequel rend propre de subrogation l'héritage reçu en contr'échange. Si néanmoins le conjoint pour acquérir l'hérita-

ge qu'il a reçu en contr'échange, avoit donné une ſomme de deniers égale à-peu-près à la valeur de l'héritage qu'il a donné en échange, ou même qui la ſurpaſsât; on ne pourroit ſe diſpenſer de conſidérer le contrat, comme un contrat mixte, mêlé de vente & d'échange, & en conſéquence l'héritage acquis par le contrat comme conquêt au *prorata* de la ſomme de deniers donnés pour l'acquérir, & propre de ſubrogation pour le ſurplus ſeulement.

198. Lorſque j'achete durant la communauté un héritage avec déclaration que c'eſt des deniers qui m'étoient propres, *putà* qui provenoient du prix de la vente que j'avois précédemment faite, durant la communauté, d'un héritage propre : ou lorſqu'il eſt dit que c'eſt pour me tenir lieu de remploi du prix de cet héritage ; l'héritage acquis, avec cette déclaration, quoiqu'acquis durant la communauté, a par la ſubrogation, la qualité de propre de communauté, qu'avoient les deniers provenus du prix de la vente de mon héritage, ou l'action de remploi dont il me tient lieu.

Si je l'avois acheté pour un plus grand prix que celui pour lequel j'avois vendu précédemment mon héritage propre de communauté, il ne ſera propre

de communauté par ſubrogation, que juſqu'à concurrence du prix pour lequel j'ai vendu mon héritage propre; il ſera conquêt pour le ſurplus. Par exemple, ſi j'ai vendu mon héritage propre pour le prix de douze mille livres, & que j'en aie acheté un autre pour le prix de vingt-quatre mille livres, avec déclaration que c'étoit pour me tenir lieu du remploi du prix qui m'étoit dû de celui que j'ai vendu douze mille livres; cet héritage nouvellement acquis, ne ſera propre de communauté par ſubrogation que juſqu'à concurrence de 12000 livres, c'eſt-à-dire pour la moitié; il ſera conquêt pour le ſurplus; je ſuis cenſé en ce cas avoir fait l'acquiſition pour moitié pour mon compte particulier & me tenir lieu de remploi, & l'avoir faite pour l'autre moitié pour le compte de la communauté.

Néanmoins ſi la ſomme dont le prix de la nouvelle acquiſition excede celle dont le remploi m'étoit dû, étoit peu conſidérable, je penſe que je devrois être cenſé avoir fait l'acquiſition entiérement pour mon compte, à la charge de récompenſer la communauté de ce que j'ai mis pour cette acquiſition, de plus que la ſomme dont le remploi m'é-

toit dû. Par exemple, si j'avois vendu mon héritage pour le prix de douze mille livres, & que j'en eusse depuis acquis un autre pour la somme de 13000 liv., avec déclaration que c'est pour me tenir lieu du remploi qui m'est dû; je pense qu'il est bien plus raisonnable que je sois censé avoir fait cette acquisition entiérement pour mon compte, & que l'héritage me soit propre en total, à la charge de la récompense de 1000 livres envers la communauté, plutôt que de regarder cette acquisition comme faite pour la treizieme partie pour le compte de la communauté, dans laquelle ma femme auroit une vingt sixieme partie.

Observez que pour que la déclaration puisse rendre l'héritage nouvellement acquis, propre de communauté par subrogation, il faut que cette déclaration soit faite *in continenti* par le contrat d'acquisition de l'héritage nouvellement acquis: si l'acquisition avoit été faite sans cette déclaration, inutilement la feroit-on *ex intervallo*; car l'héritage ayant été fait conquêt lorsqu'il a été acquis; faute de cette déclaration, la communauté ne peut plus par cette déclaration, qu'on feroit *ex intervallo*, être privée d'une chose qui lui a été une fois acquise.

199. Lorſque c'eſt pour tenir lieu de remploi des propres de la femme, que le mari acquiert un héritage, durant le mariage, il faut pareillement que la déclaration ſoit faite par le contrat d'acquiſition, que l'héritage eſt acquis pour tenir lieu de ce remploi; mais cette déclaration n'eſt pas ſeule ſuffiſante pour que l'héritage tienne lieu de ce remploi, & ſoit en conſéquence *propre de communauté de la femme par ſubrogation*; il faut outre cela que la femme conſente que cet héritage lui tienne lieu de remploi.

Par ce conſentement qu'elle donne, l'héritage ou autre immeuble acquis pour lui tenir lieu de remploi, devient par ſubrogation l'héritage propre de la femme, & eſt à ſes riſques, comme le ſont ſes autres propres; c'eſt pourquoi ſi une maiſon acquiſe pour lui tenir lieu de remploi, après le conſentement qu'elle a donné à ce remploi, venoit à brûler par le feu du ciel, la perte tombe ſur la femme, & non ſur la communauté; elle ne peut prétendre autre choſe pour ſon remploi, que la place & les matériaux qui en reſtent.

Par la même raiſon, ſi le mari avoit acquis une rente pour tenir lieu de remploi à ſa femme, laquelle rente devînt par la ſuite caduque par l'inſolvabilité

du débiteur ; la femme qui a donné ſon conſentement à ce remploi, doit ſeule ſupporter la perte de cette caducité.

Néanmoins, Lebrun, *l.* 3, *ch.* 2, *ſect.* 1, *diſt.* 2, *n.* 84, décide que ſi la rente eſt devenue caduque avant la diſſolution de la communauté, la femme n'eſt pas obligée de la prendre, quoiqu'elle ait conſenti à ce remploi, parce que le mari comme adminiſtrateur de ſa femme, étoit tenu de faire un bon emploi des deniers de ſa femme. J'ai de la peine à croire que la femme, ayant donné en majorité ſon conſentement à ce remploi, pût être reçue à le critiquer.

Si la femme étoit mineure lorſqu'elle a conſenti à un remploi déſavantageux; nul doute en ce cas qu'elle peut ſe faire reſtituer contre ſon conſentement.

200. Pour qu'un héritage ou autre immeuble acquis par le mari, avec déclaration que c'eſt pour tenir lieu de remploi à ſa femme, ſoit propre de ſubrogation, il faut à la vérité que cette déclaration ſoit portée par le contrat d'acquiſition; mais il n'eſt pas de même néceſſaire que le conſentement que la femme doit donner à ce remploi, ſoit donné par le contrat, ni dans le même temps; la femme peut le donner *ex in-*

tervallo ; & en attendant ce consentement de la femme, la déclaration faite par le mari par le contrat d'acquisition, que l'héritage est acquis pour tenir lieu de remploi des propres de la femme, tient en suspens l'état & la qualité de cet héritage : si la femme ratifie & consent cette déclaration ; les ratifications ayant un effet rétroactif, suivant la regle de Droit, *ratihabitio mandato comparatur* ; *L.* 152, *aliàs* 194. *n.* 2 ff. *de R. J.* (1) ; l'héritage sera censé avoir été dès l'instant de son acquisition acquis, pour tenir lieu du remploi de sa femme, & avoir toujours été en conséquence propre de communauté de la femme par subrogation : si au contraire elle refuse d'accepter cet héritage pour son remploi, cet héritage sera conquêt ; la déclaration servira seulement en ce cas à donner à la femme sur ce conquêt une hypotheque privilégiée, pour le remploi dont elle est créanciere.

Lorsque la femme a laissé passer tout le temps du mariage, sans s'expliquer si

(1) Quoique la loi, d'où cette maxime est tirée, traite des délits, néanmoins elle a pareillement lieu en matiere de contrats ; & la ratification que je fais d'un contrat fait en mon nom, équipolle à un mandat. V. Cujas *ad L.* 60, ff. *de R. J.*

elle entendoit approuver la déclaration faite par le mari, par le contrat d'acquisition de l'héritage; est-elle en droit, après la dissolution du mariage, d'accepter pour son remploi l'acquisition de l'héritage malgré les héritiers du mari? Duplessis tient la négative; il trouve que la femme en ne s'expliquant pas, ayant toujours laissé l'héritage aux risques de la communauté, ayant toujours été en son pouvoir de refuser l'emploi; si l'héritage eût diminué de prix, il ne seroit pas équitable qu'elle pût en acceptant l'emploi, profiter de l'augmentation du prix qui seroit survenue sur l'héritage: d'autres Auteurs pensent, nonobstant ces raisons, que tant que la femme n'a pas été mise en demeure de s'expliquer, non-seulement la femme, mais même ses héritiers sont en droit de prendre l'acquisition pour leur compte.

Si la femme avoit souscrit, ou avoit été présente au contrat d'acquisition de l'héritage, par lequel le mari a déclaré que l'acquisition est faite pour tenir lieu à la femme de son remploi, quoiqu'il ne soit pas dit expressément par le contrat, que la femme a accepté cet héritage pour lui tenir lieu de son remploi; la présence ou la souscription de la femme au

contrat, où cette déclaration est portée, en est une suffisante acceptation, & par conséquent, nul doute en ce cas, que cet héritage doit lui en tenir lieu, & être un propre de communauté de la femme par subrogation.

221. Quoique la femme, créanciere du remploi de ses propres, ait acquis conjointement avec son mari un héritage, durant le mariage; si par le contrat d'acquisition de cet héritage, il n'y a pas une déclaration expresse, que l'acquisition est faite pour tenir lieu du remploi des propres de la femme, on ne pourra pas inférer de cela seul que la femme l'a acquis avec son mari, que l'acquisition a été faite pour lui tenir lieu de remploi; c'est pourquoi, faute de déclaration, l'héritage sera conquêt.

Cette décision doit sur-tout avoir lieu, lorsqu'il restoit par le contrat d'acquisition des obligations à acquitter envers le vendeur; en ce cas il paroît une raison pour laquelle la femme a acheté, conjointement avec son mari, qui est celle de donner plus de sûreté au vendeur, pour les obligations qui restoient à accomplir; mais quand même toutes les obligations des acheteurs auroient été entiérement accomplies par le contrat, par le

paiement entier du prix dont le contrat porteroit quittance, & qu'ainsi l'intervention de la femme à ce contrat fût superflue; je pense néanmoins qu'il faudroit décider de même, que faute de déclaration l'héritage est conquêt.

202. Le principe que nous avons exposé jusqu'à présent, a souffert en 1720, une exception en ce cas; c'est le cas auquel les maris avoient reçu en billets de la Banque Royale, dans le temps qu'ils avoient cours, le rachat des rentes propres de leurs femmes. Par une déclaration du Roi rendue en ce temps, les maris ont été autorisés à faire emploi de ces billets de banque, en rentes sur l'Hôtel-de-ville, ou en rentes provinciales; en conséquence ces rentes qu'un mari a acquises en ce temps, durant son mariage, avec déclaration faite par le contrat de constitution, que les billets de banque pour lesquels elles sont constituées, proviennent du rachat qu'il a reçu des rentes propres de sa femme, tiennent lieu du remploi de la femme, sans qu'il ait été nécessaire pour cela que le consentement de la femme intervînt, & elles lui sont propres de communauté par subrogation.

203. *Neuvieme regle.* Un héritage ou

autre immeuble, dont on ne trouve pas le titre d'acquisition, est dans le doute présumé conquêt, lorsqu'aucune des parties ne peut justifier qu'il lui ait appartenu avant le mariage, & qu'il lui fût propre.

La raison de cette regle est évidente; celui des deux conjoints qui prétendroit que l'héritage lui est propre, doit le justifier, suivant cette regle de droit.; *ei incumbit probatio, qui dicit. L.* 2. ff. *de probat.* Aucun des deux ne pouvant le justifier, il ne peut passer pour le propre d'aucun des deux; il ne peut par conséquent être considéré autrement que comme conquêt.

Cette justification peut se faire, non-seulement par titre, mais à défaut de titres, par la seule preuve testimoniale; c'est pourquoi je pense que l'un des conjoints ou ses héritiers qui réclament un héritage comme propre, doit être reçu à la preuve qu'il le possédoit auparavant le mariage : c'est ce qui a été très-bien observé par le nouveau Commentateur de la Coutume de la Rochelle. Il seroit dangereux de n'admettre d'autre preuve que celle qui résulte des titres; les titres peuvent le supprimer.

ARTICLE III.

Des fruits des Propres.

204. Les fruits des héritages & autres biens propres de chacun des conjoints qui ſont perçus, nés & échus, durant la communauté, ſont la troiſieme eſpece de choſes qui compoſent la communauté légale.

Toutes les charges du mariage devant tomber ſur la communauté, il étoit juſte de lui donner ces fruits pour les ſupporter.

On dira peut-être que les fruits des propres de chacun des conjoints, qui ſont perçus ou échus durant la communauté, étant des choſes meubles, ils entrent en leur qualité de choſes meubles dans la communauté légale, dans laquelle entrent tous les biens meubles de chacun des conjoints, comme nous l'avons vu en l'article premier; qu'ainſi il eſt inutile de conſidérer dans ces fruits, leur qualité *de fruits*, & d'en faire une troiſieme eſpece de choſes qui compoſent la communauté légale.

Je réponds, que cela n'eſt pas inutile, & que la qualité des fruits qu'ont ces

choses, eſt une qualité particuliere qu'ils ont pour entrer dans la communauté légale, diſtinguée de leur qualité générale de biens meubles, & qui les y fait entrer dans certains cas, dans leſquels leur ſeule qualité générale de biens meubles ne les y feroit pas entrer.

En effet, le principe que tous les biens meubles de chacun des conjoints entrent dans la communauté, ſouffre exception à l'égard de ceux qui ſont provenus de leurs biens propres, durant la communauté, tels que ſont des bois de haute-futaie, abattus durant la communauté, ſur les héritages propres de l'un ou de l'autre conjoint, *ſuprà n.* 96. Si donc les fruits perçus ou échus, durant la communauté, entrent dans la communauté, ce n'eſt pas en leur qualité générale de choſes meubles; puiſque les choſes meubles, provenues pendant la communauté des propres des conjoints, n'y entrent pas, comme nous venons de le dire.

Il faut donc rechercher & conſidérer dans ces fruits, outre leur qualité générale de choſes meubles, la qualité particuliere qu'ils ont de *fruits* des propres des conjoints perçus ou échus, durant leur communauté, puiſque c'eſt cette qualité

particuliere ſeule qui les fait entrer dans la communauté.

Cela eſt encore plus néceſſaire par rapport à la communauté conventionnelle, dont nous parlerons au Chapitre ſuivant. Par exemple, ſi chacun des conjoints, par une clauſe du contrat de mariage, a limité la quantité de ſes biens meubles qui entreroit dans la communauté, *putà*, à une ſomme de dix mille livres, & réſervé propre le ſurplus de ſes biens, tant préſens qu'à venir, qui lui écherroient par ſucceſſion ou autrement; les fruits des propres de chacun des conjoints entrent dans cette communauté, outre cette ſomme de dix mille livres à laquelle ils ont borné la quantité de leurs biens meubles qui doivent y entrer, parce qu'ils y entrent en une qualité particuliere qu'ils ont pour y entrer, qui eſt la qualité de *fruits* perçus ou échus durant le mariage.

Il faut à préſent voir quelles ſont les choſes qui ſont fruits des biens propres de chacun des conjoints. On appelle fruits, ce qui naît & renaît d'une choſe : *fructus eſt quidquid ex re naſci & renaſci ſolet.* Par exemple, les bleds & les autres grains, les foins, les fruits des vignes & des arbres ſont des fruits d'une terre ;

parce que la terre les produit & en reproduit d'autres les années suivantes : pareillement une coupe de bois taillis est un fruit, parce que les souches sur lesquelles on a fait la coupe, repoussent & reproduisent dequoi faire au bout d'un certain temps une autre coupe. La pêche d'un étang est pareillement un fruit, parce qu'au moyen du peuple qu'on y laisse, il reproduit dequoi faire au bout d'un certain temps une autre pêche; au contraire, les pierres & les marbres qu'on tire d'une carriere, ne sont pas des fruits, car il n'en renaît pas d'autres à la place de ceux qu'on tire; c'est le fonds même qu'on épuise en les tirant. V. *sup. n.* 97.

205. Les fruits se divisent en fruits naturels & fruits civils; les fruits naturels, sont ceux que la terre produit & qui ont un être physique; ils se subdivisent en fruits purement naturels & en fruits industriels ; les fruits purement naturels, sont ceux que la terre produit sans culture , comme l'herbe des prés, la coupe d'un bois taillis, les noix & les autres fruits des arbres; les fruits industriels, sont ceux que la terre ne produit que par le moyen de la culture , tels que sont les bleds & autres grains, les fruits des vignes, *&c.*

Les fruits civils sont ceux, *qui in jure consistunt*, qui n'ont pas un être physique, mais un être moral & intellectuel, *v. g.* les fermes des biens de campagne ; les loyers de maisons ; les arrérages des rentes, tant foncieres que constituées ; les profits & droits Seigneuriaux, *&c.*

206. Les fruits naturels, soit purement naturels, soit industriels, sont acquis à la communauté & y entrent aussitôt qu'ils sont perçus durant la communauté.

Ces fruits sont censés perçus par leur séparation de la terre où ils étoient pendants : car c'est par cette séparation qu'ils acquiérent un être particulier & distingué de la terre, avec laquelle auparavant ils étoient censés ne faire qu'une seule & même chose ; c'est pourquoi la Coutume de Paris, *art.* 92. dit : » bois coupé, » bled, foin, ou grain soyé, ou fauché, » supposé qu'il soit, (c'est-à-dire, quoi- » qu'il soit) encore sur le champ & non » transporté, est réputé meuble. »

C'est pourquoi, si un propre de communauté de l'un des conjoints est fauché aujourd'hui, & que le conjoint meure le soir, tout le foin est acquis à la communauté, ayant été séparé de la terre pendant que la communauté duroit en-

core, quoiqu'il ſoit encore ſur le pré.

207. Quoique les fruits des propres ſoient accordés à la communauté, pour ſupporter les charges du mariage ; ce n'eſt pas néanmoins au *proratâ* du temps que la communauté a duré & qu'elle a ſupporté ces charges, que ces fruits lui appartiennent ; les Coutumes donnent à la communauté généralement tous les fruits qui ſont perçus durant la communauté, à la charge de ſupporter, pendant ce temps, toutes les charges du mariage ; c'eſt pourquoi ſi la récolte des fruits pendants ſur l'héritage de l'un des conjoints s'étoit faite peu de temps après le mariage ; quelque peu de temps que le mariage ait duré, n'eût-il duré qu'un mois ou deux, la récolte entiere appartient à la communauté.

Cela a lieu quand même les fruits qui ont été cueillis, peu après le mariage, qui n'auroit duré que peu de mois, ſeroient le fruit d'un grand nombre d'années : ſuppoſons, par exemple, que peu après le mariage, il ſe fait durant la communauté, une coupe d'un bois taillis, propre de l'un des conjoints, qui ne ſe coupe que tous les dix ans ; quoique cette coupe ſoit le fruit de dix années, & que le mariage n'ait duré que peu de

mois, la coupe entiere ne laissera pas d'appartenir à la communauté.

Vice versâ. Quoique le principal revenu de l'heritage de l'un des conjoints, *putà*, de la femme, consistât dans un bois taillis, d'où il n'y a eu aucune coupe à faire, pendant tout le temps qu'a duré le mariage; quoique le mariage ait duré plusieurs années, le mari ne pourra rien prétendre pour la communauté qu'il a eue avec sa défunte femme, dans la coupe qui s'en fera après la mort de sa femme, qui a dissous la communauté.

En cela, ce qui s'observe à l'égard des fruits des propres est différent de ce qui s'observoit par le Droit Romain, à l'égard des fruits du bien dotal, qui n'appartenoient au mari qu'à proportion du temps que le mariage avoit duré, & qu'il avoit supporté les charges du mariage, pour le support desquelles la dot lui étoit donnée.

En cela pareillement, ce qui s'observe à l'égard de la communauté, est différent de ce qui s'observe à l'égard des titulaires des bénéfices, qui ne peuvent prétendre les fruits qu'à proportion du temps qu'ils ont été en possession du bénéfice.

208. N'y ayant que les fruits des propres qui sont perçus durant le temps de

la

la communauté, qui appartiennent à la communauté; ceux qui ont été perçus avant le mariage, & par conséquent avant que la communauté ait commencé, y entrent bien en qualité de choses meubles; mais ce n'est pas en qualité de fruits.

209. A l'égard de ceux qui étoient encore pendants, lors de la dissolution de la communauté, & qui n'ont été perçus que depuis; n'ayant point été perçus durant la communauté, ils ne peuvent appartenir à la communauté; mais ils appartiennent en entier au conjoint propriétaire de l'héritage où à ses héritiers.

C'est ce qu'enseigne la Coutume de Paris, *art.* 231; où il est dit: « les » fruits des héritages propres, pendants » par les racines au temps du trépas de » l'un des conjoints par mariage, appar- » tiennent à celui auquel appartient l'hé- » ritage, à la charge de payer la moitié » des labours & semences ».

Notre Coutume d'Orléans a à cet égard une disposition semblable à celle de Paris, qui s'observe pareillement à cet égard, comme un droit commun, dans celles qui ne s'en sont pas expliquées.

210. Si un mari, par affectation & en fraude de sa communauté, avoit retardé une recolte qui étoit à faire sur son héritage propre durant la communauté, afin de se l'approprier en entier, en la retardant après la mort de sa femme, qu'il voyoit ménacée d'une mort prochaine; les héritiers de la femme pourroient prétendre, en qualité de communs, part dans la recolte que le mari feroit depuis la mort de sa femme, comme ayant été retardée en fraude du droit de communauté de sa femme : on peut apporter pour exemple le cas auquel un bois-taillis du propre du mari, se trouvant dans l'année ou on a coutume de le couper, le mari qui voyoit sa femme ménacée d'une mort prochaine, en auroit contre l'usage remis la coupe à une autre année.

211. *Vice versâ :* Si un mari voyant sa femme à l'extrémité, & la préparation d'une recolte abondante à faire sur les vignes de sa femme, les avoit, par affectation & en fraude des héritiers de sa femme, vendangées avant le temps; les héritiers de sa femme, qui seroit morte aussi-tôt après cette vendange prématurée, & encore avant le temps de la vendange, seroient bien fondés à

prétendre des dommages & intérêts contre le mari.

C'eſt ce qu'inſinue l'article 207 de la Coutume d'Orléans ; où il eſt dit : « fruits » cueillis, coupés & abattus, ETANT » EN MATURITE', ... ſont réputés » meubles ». Par ces termes ETANT EN MATURITE', la Coutume inſtitue, que le mari, qui en fraude des héritiers de ſa femme, a recueilli les fruits de l'héritage propre de ſa femme avant leur maturité, ne peut pas ſe les attribuer, comme meubles entrés dans ſa communauté. Il ne ſuffit pas même au mari de rendre ces fruits, en l'état qu'ils ſont, aux héritiers de la femme, auxquels ils devoient appartenir, ſi on eût attendu le temps de leur maturité pour les couper ; car le mari ayant détérioré ces fruits en les coupant trop tôt, doit dédommager les héritiers de ſa femme de ce qu'ils ſouffrent de cette détérioration, par ſon dol.

212. La Coutume oblige le propriétaire de l'héritage qui perçoit à ſon profit ſeul les fruits de ſon héritage propre, après la diſſolution de la communauté, de rembourſer à l'autre conjoint la moitié des frais faits par la communauté pour les faire venir. Cette diſpo-

ſition eſt tirée d'un principe général, qui a lieu pour toutes les ſociétés & communautés, qui eſt qu'un aſſocié ou commun eſt obligé *actione pro ſocio* ou *actione communi dividundo*, de faire raiſon à la ſociété ou communauté de ce qui en a été tiré pour une affaire qui lui eſt particuliere, & dont il profite ſeul, un aſſocié ou commun ne devant pas s'avantager aux dépens de la communauté : d'où il ſuit, que la perception des fruits que fait le propriétaire de l'héritage après la diſſolution de la communauté, étant une affaire qui le concerne ſeul, & dont il profite ſeul, il doit récompenſe à la communauté du mourant des frais qui ont été faits par la communauté pour faire venir leſdits fruits, comme ayant été faits pour une affaire qui lui eſt particuliere, & dont il profite ſeul.

Pourroit-il ſe décharger de cette récompenſe, en offrant d'abandonner la recolte à la communauté ? Non ; de même qu'il ne ſeroit pas recevable à l'abandonner à un *negotiorum geſtor*, qui auroit fait cette impenſe pour lui : quoique par la ſtérilité de la récolte, elle n'ait pas rempli en entier le conjoint des frais de labours & ſemences ; le

conjoint ne laisse pas de profiter en entier du prix de cette impense : parce que cette impense étant une impense nécessaire, qu'il eût été obligé de faire de ses propres deniers, si elle n'eût pas été faite de ceux de la communauté ; il profite de cette impense *quatenùs propriæ pecuniæ pepercit* ; il profite de la somme qu'il eût été obligé de tirer de sa bourse particuliere, & qui eût été égale à celle qui a été tirée de la communauté.

Cette récompense qui est dûe à la communauté, appartient, en cas d'acceptation de la communauté, à chacun des conjoints ou à leurs héritiers, pour la moitié que chacun d'eux a dans les biens de la Communauté ; c'est pourquoi la Coutume de Paris qui dans l'*art.* 231, suppose le cas d'acceptation de la communauté, comme le cas le plus ordinaire, oblige le conjoint ou ses héritiers, débiteurs de cette récompense, à en payer la moitié à l'autre conjoint ou à ses héritiers. A l'égard de l'autre moitié de cette récompense, qui appartient au conjoint, qui en est le débiteur pour la moitié qu'il a lui-même dans les biens de la communauté ; ce conjoint ne pouvant en être débiteur envers lui-même,

il s'en fait confusion & extinction pour cette moitié.

Mais dans le cas de la renonciation à la communauté, la femme débitrice de la récompense dûe à la communauté, pour les frais de labours & semences, faits sur son héritage propre, dont elle a perçu les fruits à son profit seul depuis la dissolution de la communauté, n'ayant au moyen de sa renonciation à la communauté, aucune part dans les biens de la communauté, ni par conséquent dans la récompense qu'elle doit à la communauté, pour les frais de labours & semences faits sur son héritage; elle doit en payer le total aux héritiers de son mari.

Il en est de même des héritiers de la femme, qui ont renoncé à la communauté.

Par la même raison : si c'est sur l'héritage propre du mari, que les frais de labours & semences ont été faits ; le mari ou ses héritiers, qui en ont perçu les fruits après la dissolution du mariage, ne doivent aucune récompense à la femme ou aux héritiers de la femme, qui au moyen de leur renonciation à la communauté, n'ont rien à prétendre

dans les récompenſes dûes à la communauté.

213. La Coutume de Paris ne parle que *des labours & ſemences :* elle n'a pas penſé aux vignes, auxquelles il y a d'autres façons & d'autres impenſes à faire pour la production de leurs fruits ; il n'y en avoit peut-être pas alors, ou très-peu dans ſon territoire. La Coutume d'Orléans *art.* 208, s'eſt plus expliquée, & doit ſervir de ſupplément à ce que celle de Paris a manqué d'énoncer ; il y eſt dit : » à la charge de payer la » moitié des *labours*, *ſemences façons & » impenſes* : ces termes comprennent les façons qu'il faut faire tous les ans aux vignes, pour en tirer les échalats l'hiver, les repiquer au printemps, pour lier les vignes, les accoler, les ébourgeonner ; & les impenſes qu'il faut faire quelquefois, pour éplucher les vers qui ſe mettent dans le verjus certaines années : le conjoint qui après la diſſolution du mariage, fait à ſon profit, ſeul, la vendange ſur ſon héritage propre, eſt tenu, même dans la Coutume de Paris, de rembourſer à l'autre conjoint ou à ſes héritiers moitié des frais deſdites façons & impenſes, auſſi bien que des labours.

214. Si un gentilhomme avoit fait ſeul, ſans le ſecours de perſonne, toutes les façons & tous les labours à faire aux vignes de l'héritage propre de ſa femme; les héritiers de ſa femme, ſeroient-ils fondés à refuſer de rembourſer le mari deſdits labours & façons, pour la part qu'il a dans la communauté, en lui oppoſant qu'il n'a rien débourſé ni rien tiré de ſa communauté, & qu'il eſt au-deſſous de ſa naiſſance de ſe faire payer du prix de ſon travail? Je penſe que les héritiers ſeroient mal-fondés, & qu'ils ne peuvent ſe diſpenſer de rembourſer au mari, pour ſa part, le prix deſdits labours & façons, il eſt vrai qu'il eſt au-deſſous de la naiſſance de ce gentilhomme de louer ſes bras à des étrangers; mais ce n'étoit point une choſe au-deſſous de ſa naiſſance, que de labourer & cultiver pendant la communauté la vigne de ſa femme.

215. Il y a quelques Coutumes particulieres qui ſe ſont écartées de la diſpoſition de la Coutume de Paris & du Droit commun, en abandonnant à la communauté, pour ſes frais de culture & ſemence, la recolte qui ſe fait ſur les héritages propres des conjoints après la diſſolution de la communauté, lorſ-

qu'au temps de cette dissolution, les terres étoient déja ensemencées, & les vignes marrées & taillées.

De ce nombre, est la Coutume de Blois, qui dit en l'*art.* 184 : si lors du » trépas de l'un desdits conjoints, les » terres sont ensemencées, & les vi- » gnes (1) marrées & taillées, qui étoient » propres de l'un desdits conjoints ; les » fruits desdites terres & vignes se divi- » seront pour ladite année, entre le sur- » vivant, & les héritiers du premier dé- » cédé également ».

216. Suivant le même esprit, au-lieu que par le Droit commun, la pêche d'un étang qui ne se fait qu'après la dissolution de la communauté, appartient en entier au propriétaire de l'étang, en remboursant à la communauté le prix de l'empoissonnement, lorsqu'il s'est fait aux dépens de la communauté ; au contraire la Coutume de Blois a, pour indemniser la communauté des frais de l'empoissonnement, abandonné à la com-

---

(1) *Marrées*, c'est-à-dire, lorsqu'on a fait le premier labour, qui se fait à la suite de l'hiver ; ce terme vient du nom de *Marre*, qui est le nom qu'on donne dans le Blaisois & l'Orléanois à l'instrument avec lequel on laboure les vignes.

munauté la pêche de l'étang qui s'est trouvé en pêche dans l'année de la dissolution de communauté, quoique la pêche n'ait été faite qu'après cette dissolution. C'est ce qui est dit par l'article suivant ; » & touchant les fruits d'un » étang qui auroit été peuplé à communs » dépens, si ledit étang étoit en pêche » l'année du trépas de l'un desdits con» joints, sera la pêche partie comme » meuble également entre le survivant » & les héritiers, du premier décé» dé ».

La Coutume dans ces articles suppose le cas d'acceptation de la communauté, comme le cas le plus commun ; en cas de renonciation à la communauté par la femme ou ses héritiers, les récoltes & la pêche, dans l'espece desdits articles, appartiennent en total au mari ou à ses héritiers.

217. De ce que la Coutume de Blois & les autres qui ont une disposition semblable, donnent à la communauté les fruits qui lors de la dissolution de la communauté, sont pendants par les racines sur les héritages propres des conjoints ; il n'en faut pas conclure que ces Coutumes décident que ces fruits pendants par les racines sont meubles : la

décision seroit absurde ; car ces fruits faisant partie de l'héritage, sur lequel ils sont pendants, jusqu'à ce qu'ils en soient séparés, ils ne peuvent pas avoir une qualité différente de celle qu'a l'héritage, avec lequel ils ne font qu'un seul & même fonds. Tout ce que ces Coutumes ont voulu, est que ces fruits, quoiqu'ils ne doivent être récoltés & devenir meubles, qu'après la dissolution de la communauté, appartinssent néanmoins à la communauté, pour lui tenir lieu des frais qu'elle a faits pour la production : delà vient, que même dans ces Coutumes, en matiere de succession, les fruits pendants sur un héritage propre, lors de l'ouverture de la succession, n'appartiennent pas à l'héritier aux meubles, mais à l'héritier aux propres, qui succede à l'héritage : delà vient, que même en matiere de communauté, les fruits qui étoient pendants, lors de la dissolution de la communauté, n'appartiennent à la communauté, que lorsque les frais faits pour leur production, ont été faits par la communauté, le mari les faisant valoir par ses mains ; & qu'il en est autrement, lorsque ces frais n'ont pas été faits par la communauté, mais par un fermier qui tenoit l'héritage par

bail à moitié. La Coutume du Maine *art.* 256, en a une disposition, qui doit servir d'interprétation à celle de Blois. Après y avoir dit, que les fruits des vignes qui seront béchées, & des terres qui seront labourées & ensemencées du *meuble commun*, appartiendront à la communauté, quoiqu'ils ne soient récoltés sur l'héritage propre de l'un des conjoints, qu'après la dissolution de la communauté; la Coutume ajoute : » si lesdites vignes » ou terres ont été baillées à faire à moi» tié, ou pour en avoir par celui qui les » laboure autre portion des fruits, ce ne » sera réputé être fait de *meuble com» mun* ».

218. Dans cette variété de Coutumes, dont les unes donnent la récolte des fruits industriels, qui se fait sur l'héritage propre de l'un des conjoints, après la dissolution du mariage, au propriétaire de l'héritage, à la charge de rembourser la communauté des frais de culture; & dont les autres la donnent à la communauté; doit-on suivre la Coutume des lieux, où les héritages sont situés, ou plutôt celle à laquelle les parties se sont soumises en se mariant, soit expressément par une clause de leur contrat de mariage, soit tacitement,

parce que c'étoit la loi du lieu où étoit alors leur domicile? La question souffre difficulté : ceux qui soutiennent que c'est la Coutume du lieu où l'héritage est situé, disent que les dispositions des Coutumes qui reglent, si les fruits pendans sur les héritages propres des conjoints, lors de la dissolution de la communauté, doivent appartenir, ou non, à la communauté, sont des statuts réels, qui n'ont d'empire que sur les héritages situés dans leur territoire; qu'en conséquence, lorsque deux Blaisois ont contracté mariage; leur Coutume de Blois ne peut donner à la communauté, qui étoit entre les conjoints, les fruits pendans, lors de la dissolution de communauté, sur l'héritage propre de l'un des conjoints, qui est situé sous la Coutume d'Orléans; la Coutume de Blois ne pouvant avoir d'empire sur ces héritages.

Ceux qui tiennent l'opinion contraire, nient formellement que les dispositions des Coutumes sur ce point, soient des statuts réels : ils soutiennent au contraire, que suivant la doctrine de Dumoulin, que nous avons exposée *suprà*, *n.* 10, les dispositions des Coutumes sur la communauté, & les choses qui doivent y entrer ou non, sont statuts personnels, qui

n'ont d'autre objet que de déclarer ce dont les personnes soumises à leur empire, doivent être présumées ou supposées être convenues en se mariant. Suivant ce principe, Dumoulin décide comme nous l'avons vu, que lorsque deux Parisiens se sont mariés sans contrat de mariage, & que l'un d'eux acquiert un héritage, situé dans une Province dont la loi n'admet pas la communauté; cet héritage entre dans leur communauté, suivant la Coutume de Paris, quoique cette Coutume n'ait pas d'empire hors de son territoire, parce que ce n'est pas *immediatè & per se*, qu'elle l'y fait entrer; mais en conséquence de la convention qu'elle présume & suppose être intervenue entre les conjoints, lorsqu'ils se sont mariés, qu'ils seroient communs en biens, & que ce que chacun d'eux acquerroit durant le mariage, entreroit en leur communauté.

Suivant cette doctrine de Dumoulin, qui repute statuts personnels les dispositions sur la communauté & sur les choses qui y doivent entrer ou en être excluses, Celles qui concernent les fruits en question, doivent être regardées, non comme statuts réels, mais comme statuts personnels, qui ne font autre chose que

décider, si lorsque les personnes soumises à leur empire se marient, on doit présumer qu'elles ont voulu que les fruits en question entrassent dans leur communauté, ou si on doit présumer qu'elles ont voulu qu'ils en fussent exclus; suivant ces principes : lorsque deux Orléanois ont contracté communauté de biens en se mariant, les fruits pendants lors de la dissolution de la communauté, sur l'héritage propre de l'un d'eux, quoique situé sous la Coutume de Blois, sont exclus de la communauté; parce que les parties sont présumées avoir, conformément à la Coutume d'Orléans, voulu qu'ils en fussent exclus; *contrà vice versâ* : lorsque des Blaisois se sont mariés, les fruits pendants, lors de la dissolution de la communauté, sur des terres ensemencées, & labourées aux frais de la communauté, doivent appartenir à la communauté, quoiqu'elles soient situées sous la Coutume d'Orléans, qui a une disposition contraire; parce que ce n'est pas la Coutume de Blois *immediatè & in se*, qui les y fait entrer, mais la convention que cette Coutume suppose, que ces personnes ont eues pour les y faire entrer.

Si les parties s'étoient soumises ex-

pressément à la Coutume de Blois pour leur communauté : hésiteroit-on a décider que cette convention devroit faire tomber en la communauté les fruits pendants, lors de la dissolution, sur l'héritage de l'un des conjoints, quelque part où fût situé l'héritage ? Lorsque le contrat n'exprime pas de soumission à une Coutume, les parties sont censées s'être soumises à celle du lieu de leur domicile matrimonial ; cette soumission tacite doit avoir le même effet qu'une soumission expresse.

J'incline pour cette seconde opinion.

219. Passons à présent aux fruits civils : il n'y a que ceux qui sont nés durant la communauté, qui y entrent ; ceux qui sont nés auparavant, y entrent comme choses meubles, mais non comme fruits : ceux qui ne sont nés qu'après la dissolution de la communauté, appartiennent au propriétaire de la chose qui les a produits.

Il est donc nécessaire de savoir quand ils doivent être censés nés ? Ils sont censés nés, lorsqu'ils commencent à être dûs : *fructus civiles tunc nasci intelliguntur, cùm incipiunt deberi* ; il faut faire l'application de ce principe aux différentes especes de fruits civils ; commençons par

les fermes des héritages de campagne.

Les fermes étant le prix des fruits que le fermier recueille sur l'héritage qui lui a été donné à ferme, elles ne sont dues, que lorsqu'il a recueilli ces fruits, ou lorsqu'il n'a tenu qu'à lui de les recueillir ; cette espece de fruit civil ne naît donc que lors de la récolte des fruits, pour lesquels la ferme est due, & la ferme par conséquent n'appartient à la communauté, qne lorsque cette récolte s'est faite pendant le temps que duroit encore la communauté.

C'est pourquoi si la dissolution de la communauté est arrivée avant la récolte, fût-ce la veille de la recolte, la communauté n'aura rien dans la ferme qui sera dûe pour cette recolte ; elle appartiendra en entier au propriétaire de l'héritage. Au contraire, si la dissolution de la communauté n'est arrivée qu'après la récolte faite, la ferme due pour cette récolte, appartient en ce cas en entier à la communauté. Si elle est arrivée pendant la récolte, la communauté aura part à la ferme, à proportion de ce qu'il y avoit de fruits déja cueillis. Par la même raison, lorsqu'un héritage qui produit plusieurs especes différentes de fruits, a été affermé pour une seule somme, par cha-

cun an, & que la dissolution de la communauté est arrivée après la récolte d'une certaine espece de fruits, & avant celle des autres especes ; il faut faire une ventilation de la part que chaque espece de fruits doit porter dans le prix total de la ferme ; & si par cette ventilation, on estime que l'espece des fruits dont la récolte étoit faite, doit porter, *putà* le tiers ou le quart du prix total de la ferme, elle appartiendra pour cette part à la communauté, & pour le surplus au propriétaire de l'héritage.

220. Il n'en est pas de même des loyers de maisons, qui sont une autre espece de fruits civils : ils échéent tous les jours & sont dûs tous les jours par parties. Par exemple, si une maison a été louée pour une somme de trois cents soixante-cinq livres par chacun an ; du jour que le locataire est entré ou qu'il a dû entrer en jouissance de la maison, il est dû & échu chaque jour la trois cent soixante & cinquieme partie du loyer, qui monte à vingt sols par chaque jour : il est vrai que ces parties du loyer, qui sont dues & échues chaque jour, ne sont pas payables chaque jour, & qu'elles ne le sont qu'après l'expiration du terme convenu pour le paiement du loyer ;

mais ce terme n'en differe que l'exigibilité, & n'empêche pas ces parties du loyer d'être dues & échues chaque jour; & elles ſont en conſéquence acquiſes chaque jour à la communauté.

C'eſt pourquoi, lors de la diſſolution de la communauté, non ſeulement le terme du loyer échu avant la diſſolution de la communauté, appartient à la communauté, s'il n'a pas encore été payé; mais la communauté a encore droit d'avoir dans le terme qui écherra après la diſſolution de la communauté, une part à proportion du temps qui s'eſt écoulé de ce terme juſqu'au jour de la diſſolution de la communauté. Par exemple, ſuppoſons que la maiſon propre de l'un des conjoints fût louée pour une ſomme de quatre cent livres par chacun an, payable par quartier de trois mois en trois mois, & qu'il ſe ſoit écoulé durant la communauté, outre le dernier terme échu, quinze jours de celui qui doit écheoir après la diſſolution de la communauté; ce temps de quinze jours étant à-peu-près la ſixieme partie du terme qui doit écheoir; la ſixieme partie de la ſomme payable pour ce terme, doit appartenir à la communauté; le loyer du temps qui s'eſt écoulé durant la communauté,

ayant été dû & acquis chaque jour à la communauté pendant qu'il s'écouloit.

La raison de différence à cet égard, entre les fermes des biens de campagne & les loyers de maison, est sensible; la ferme d'un bien de campagne étant le prix des fruits que le fermier doit recueillir sur l'héritage qui lui a été donné à ferme, il ne doit sa ferme, que lorsqu'il les recueille; si par une force majeure, ils venoient à périr entiérement avant qu il les eût recueillis, il ne devroit point de ferme; la ferme n'est donc dûe que dans le temps & à mesure que les fruits sont recueillis. Au contraire, un loyer de maison est le prix de la jouissance annuelle de cette maison : le locataire qui habite la maison tous les jours, ou qui a droit de l'habiter, recueille chaque jour une partie de cette jouissance de la maison, & par conséquent, il doit chaque jour une partie du loyer, qui est le prix de cette jouissance.

Il faut décider la même chose à l'égard du loyer de toutes les autres especes d'héritages, dont la jouissance est continuelle & quotidienne; tels que sont un magasin, un moulin, *&c.* Le loyer de ces choses, de même que celui des mai-

sons, écheoit & est dû par partie chaque jour, & est de même acquis par parties chaque jour à la communauté.

221. Les arrérages de rentes, soit foncieres, soit constituées, soit perpétuelles, soit viageres, sont aussi des especes de fruits civils, qui, comme les loyers de maison écheent aussi, & sont dûs par parties par chacun jour du temps, pendant lequel ils ont couru; c'est pourquoi, lors du rachat de ces rentes, on doit payer avec le principal, non-seulement les arrérages échus jusqu'au dernier terme, mais aussi, ceux qui sont dûs pour tous les jours qui se sont écoulés depuis le dernier terme jusqu'au jour du rachat.

Par la même raison, lors de la dissolution de la communauté, les arrérages des rentes propres de l'un ou de l'autre des conjoints, appartiennent à la communauté, non-seulement pour tout ce qui en est échu jusqu'aux termes qui ont précédé la dissolution de communauté; mais aussi pour tout le temps qui s'est écoulé depuis lesdits derniers termes jusqu'au jour de la dissolution.

Quand même la rente fonciere seroit due sur des biens de campagne, les ar-

rérages se compteroient de jour à jour, de même que ceux des autres rentes de la maniere dont nous venons de l'expliquer ; car ces arrérages de rente foncieres, différens en cela des fermes, ne sont pas dûs pour raison des fruits qui se recueillent sur l'héritage sujet à la rente ; mais pour raison du fonds même de l'héritage, & de la possession qu'en a le détenteur sujet à la rente.

222. Tout ce que nous venons de dire, touchant la maniere de compter les loyers des maisons & les arrérages des rentes, est un droit commun qui s'observe par-tout, même dans la Coutume d'Orléans, quoiqu'elle ait un article, qui dans les termes dans lesquels il est conçu, paroît contraire, mais qui a reçu par l'usage une interprétation conforme au droit commun. Voici cet article 207, qui est conçu en ces termes : « fruits civils, » coupés & abattus en maturité, ensem- » ble les moisons & fermes dues à raison » desdits fruits, sont réputés meubles, » encore que les termes de payer lesdites » moisons ou fermes, ne soient échus ; » & au regard des arrérages de rentes » foncieres ou constituées, & loyers de » maisons, sont réputés meubles, *lors*

» *seulement que les termes de paiement sont*
» *échus* ».

Par ces derniers termes : *sont réputés meubles, lors seulement que les termes de paiement sont échus ;* il sembleroit que la Coutume voudroit dire que les loyers de maisons & les arrérages de rente ne deviennent meubles, ne commencent à être dûs, & ne sont acquis à la communauté, que lorsque le terme de paiement est échu ; & qu'en conséquence, il ne peut être rien dû à la communauté dans les loyers ou rentes dont le terme de paiement n'est échu qu'après la dissolution.

Néanmoins, cet article n'est pas entendu dans la Province, dans ce sens qu'il paroît présenter ; un usage constant lui a donné une autre interprétation, suivant laquelle tout ce que la Coutume veut dire en cet article, est qu'au lieu que les fermes des biens de campagne aussi-tôt que les fruits sont recueillis sont dues entiérement, & sont en conséquence ameublis & acquis pour le total à la communauté, quoique les termes de paiemens desdites fermes ne soient pas encore échus ; au contraire, les loyers de maisons & les arrérages de rente ne sont ameublis & acquis *pour*

le total à la communauté, & ne sont *entiérement* dûs que lors seulement que les termes de paiement sont échus ; mais quoiqu'ils ne soient pas ameublis *pour le total* & dûs *entiérement* auparavant, ils ne laissent pas auparavant de s'ameublir par parties, & d'être acquis à la communauté par parties, à mesure que s'écoule le temps de ce terme ; de maniere que dans le terme qui n'écheoit qu'aprè la dissolution, il est dû à la communauté dans la somme due pour ce terme, une portion pour le temps qui en a couru durant la communauté.

C'est l'interprétation que donnent à cet article, Lalande & l'auteur des notes de 1711, & que j'ai suivies dans mes notes de l'édition de 1760, & elle est constamment suivie dans l'usage. Dans tous les actes de partage de communauté, on ne manque jamais de tirer en ligne dans la masse de l'actif de la communauté, les arrérages de chaque rente propre de l'un ou de l'autre conjoint, échus jusqu'au dernier terme, & ensuite le montant de ce qui en a couru depuis le dernier terme jusqu'au jour de la mort du prédécédé, qui a dissous la communauté.

223. Il résulte de tout ce que nous venons de dire, que les loyers de maisons & les arrérages de rente se comptent de jour à jour, *de die in diem*; c'est-à-dire, que la somme dûe pour chaque terme ou demi-terme de loyer de maison ou d'arrérages de rentes, se divise en autant de portions qu'il y a de jours, dont le terme ou demi-terme est composé; lesquelles portions sont dues & acquises à la communauté, à mesure que s'écoule chacun des jours dont le terme ou demi-terme est composé: mais ces loyers & arrérages de rentes ne se comptent pas de *momento ad momentum*, c'est-à-dire, que ce qui est dû pour chacun jour de loyer ou d'arrérages de rentes ne se subdivise pas; c'est pourquoi il n'importe à quelle heure du jour soit arrivée la mort du conjoint prédécédé qui a dissous la communauté: ce qui est dû, pour ce jour de loyer ou d'arrérages de rente, ne commence à être dû, que lors que ce jour est entiérement écoulé, & ne peut appartenir à la communauté, n'ayant commencé à être dû que depuis la mort du conjoint, arrivée en ce jour avant qu'il fût entiérement écoulé.

224. Les arrérages de cens sont une

espece de fruits civils, différente des arrérages de rente fonciere ; le cens étant principalement dû *in recognitionem directi dominii*, c'est-à-dire, pour la reconnoissance solemnelle que le censitaire à un certain jour marqué par les titres, doit faire de la Seigneurie directe qui appartient au Seigneur sur son héritage, ce cens n'est dû & ne commence à être dû, qu'au jour auquel doit se faire cette reconnoissance solemnelle de la Seigneurie, c'est-à-dire, au jour auquel ce cens est payable ; c'est pourquoi si la dissolution de la communauté est arrivée avant ce jour, fût-ce la veille de ce jour, il n'est dû à la communauté aucune portion dans les sommes qui doivent être payées ce jour par les censitaires.

Mais si la dissolution de communauté est arrivée le jour même que le cens est payable, tous les cens qui sont payables ce jour, doivent appartenir à la communauté ; car aussitôt que ce jour est arrivé, dès le premier moment de ce jour, il y a une ouverture au devoir de la reconnoissance de la Seigneurie directe ; & par conséquent, le cens qui doit se payer en témoignage de cette reconnoissance a commencé d'être

dû, quoique les censitaires aient tout le temps de ce jour, c'est-à-dire, depuis le matin jusqu'au commencement de la nuit, pour s'acquitter de cette dette.

A l'égard des défauts encourus par les censitaires qui ne sont pas venus payer le cens ce jour, ils ne sont pas dûs à la communauté, dont la dissolution est arrivée le jour que le cens est payable ; car ces défauts étant la peine de la demeure en laquelle a été le censitaire de venir reconnoître la Seigneurie ; & payer le cens au jour marqué, ils ne peuvent commencer à être dûs qu'après que ce jour est écoulé entiérement, & par conséquent après la dissolution de la communauté qu'on suppose arrivée dans ce jour ; le censitaire qui pouvoit encore s'acquitter de ce devoir au dernier instant de ce jour, n'ayant pu être en demeure qu'après que ce jour a été entiérement écoulé.

On opposera, peut-être, que nous avons dit *suprà*, *n.* 223, que ce qui étoit dû pour loyer de maison ou arrérages de rente, pour le jour auquel est arrivée la dissolution de la communauté, n'appartenoit pas à la communauté : n'est-ce pas tomber en contradiction avec nous-mêmes, que de dire que le cens

dû le jour qu'est arrivée la dissolution de communauté, appartient à la communauté ? Non : la raison de différence vient de la différente cause de ces dettes ; un jour de loyer est le prix d'un jour de jouissance que le locataire a eu de la maison qui lui a été louée ; un jour d'arrérages de rente, est le prix d'un jour de la jouissance que le débiteur de la rente a eu ou dû avoir du sort principal de la rente ; le locataire de la maison, le débiteur de la rente, ne doivent donc le jour de loyer ou le jour d'arrérages de rente, que lorsqu'ils ont eu ce jour de jouissance ; & ils ne l'ont eu, que lorsque le jour est écoulé ; le jour de loyer ou d'arrérages de rente, n'est donc dû que lorsqu'il est écoulé ; il n'est donc dû qu'après que la dissolution de la communauté est arrivée, qu'on suppose être arrivée dans ce jour ; & il ne peut par conséquent appartenir à la communauté. Au contraire, le cens est dû pour la reconnoissance de la Seigneurie ; il est donc dû aussi-tôt qu'il y a ouverture à ce devoir : or, il y a ouverture à ce devoir, aussitôt que le jour auquel doit se faire cette reconnoissance, & auquel le cens est payable, est arrivé. Quoique le censitaire ait tout le temps de

ce jour pour s'acquitter de cette dette, il ne s'ensuit pas qu'il n'en soit pas débiteur dès le commencement du jour; & lorsqu'il va payer le cens dans les premieres heures du jour, on ne peut pas dire qu'il le paye d'avance; le cens étant donc dû aussitôt que le jour auquel il est payable est arrivé, & dès le commencement de ce jour; il a été dû pendant que la communauté duroit encore, quoique la dissolution en soit arrivée dans le cours de ce jour.

225. Il est évident que les dîmes & les champarts ne sont dûs qu'au temps & à mesure que se fait la récolte des fruits qui sont sujets à ces droits; & il en est de même des fermes de ces droits, lorsqu'on les a donnés à ferme. Tout ce qui a été dit des fruits que la terre produit, & des fermes des biens de campagne, reçoit application à l'égard de ces droits & des fermes de ces droits.

226. Les droits casuels sont une autre espece de fruits civils; tels sont les profits Seigneuriaux qui sont dûs en cas de ventes, ou de mutations des biens relevants en fief ou en censive d'une Seigneurie propre de l'un ou de l'autre des conjoints; ils sont dûs & acquis à la communauté, aussi-tôt que la cause qui

y donne ouverture arrive durant la communauté.

Par exemple, lorſqu'un héritage relevant ſoit en fief ſoit en cenſive de la Seigneurie de l'un des conjoints, eſt vendu; auſſitôt que la convention a été arrêtée, ſoit par acte devant Notaires, ſoit par acte ſous ſignatures-privées, le profit de ventes eſt dû; & ſi c'eſt durant le temps de la communauté qu'elle a été arrêtée, il eſt acquis à la communauté.

A l'égard de l'amende pour ventes recélées, étant dûe pour la demeure en laquelle a été le cenſitaire de déclarer ſon contrat; quoique la vente ait été faite durant le temps de la communauté, & qu'en conſéquence le profit de ventes ait été acquis à la communauté, l'amende pour ventes recélées, n'appartiendra pas à la communauté, ſi le temps qu'il avoit pour déclarer ſon contrat, n'eſt expiré que depuis la diſſolution de la communauté.

Les profits de rachat qui ſont dûs pour les mutations, ſont pareillement dûs & acquis à la communauté, auſſitôt que les morts ou les mariages qui ont opéré ces mutations, ſont arrivés durant la communauté.

227. Quoique la mort du vaſſal qui

a fait naître le profit de rachat, & celle de l'un des conjoints qui a dissous la communauté, soient arrivées le même jour; si on peut justifier que celle du vassal a précédé celle du conjoint, le profit appartiendra à la communauté, comme étant né pendant qu'elle duroit encore; la mort du conjoint qui l'a dissoute n'étant arrivée que depuis: si au contraire, celle du conjoint a précédé; le profit né par la mort du vassal, qui n'est arrivée que depuis, appartiendra en entier au propriétaire de la Seigneurie, comme n'étant né que depuis la dissolution de la communauté.

S'il étoit incertain laquelle des deux morts a précédé, je pense que dans le doute le profit doit appartenir à celui des conjoints ou à ses héritiers qui sont propriétaires de la Seigneurie, & qu'il ne peut être prétendu par la communauté: ma raison est qu'un propriétaire en sa qualité de propriétaire, est fondé de droit commun, & a un droit général pour prétendre tous les fruits qui sont nés de sa chose, tant qu'un autre ne justifie pas avoir un droit particulier pour les prétendre à son exclusion; c'est donc à l'autre conjoint, ou à ses héritiers, qui font valoir les droits de la

communauté, à justifier que le profit appartient à la communauté; & par conséquent, à justifier que le profit est né durant la communauté, & que la mort du vassal qui l'a fait naître, a précédé la dissolution de la communauté; faute de pouvoir justifier cela, le profit, dans le doute, appartient au propriétaire.

On peut faire la même question, lorsque le contrat de vente qui a donné ouverture au profit, a été passé le jour de la mort de l'un des conjoints, & qu'il est incertain si le contrat a précédé la mort.

228. Les amendes, les épaves, les droits de deshérence & de confiscation, sont les fruits civils d'un droit de justice. Lorsque l'un des conjoints est propriétaire d'un droit de justice, ces fruits de son droit de justice tombent, de même que tous les autres fruits des propres, dans la communauté, lorsqu'ils naissent durant la communauté.

Les amendes en matiere civile, telles que sont toutes les amendes de police, sont dûes & acquises à la communauté, aussitôt qu'est rendu le jugement qui les prononce, lorsque ce jugement est contradictoire : s'il est rendu par défaut, l'amende prononcée par ce jugement,

n'eſt dûe que du jour de la ſignification du jugement.

229. Le droit d'épave eſt un autre fruit du droit de juſtice ; il fait partie de celui que notre Droit françois donne au Haut-Juſticier, de s'attribuer privativement à tous autres, toutes les choſes qui n'ont point de maître, τὰ ἀδέσποτα qui ſe trouvent dans le territoire de leur juſtice : on appelle *épaves*, les bêtes ou autres meubles égarés; celui qui les trouve, doit, à peine d'amende, les déférer à la Juſtice du lieu où il les trouve.

Le droit du Seigneur de juſtice, par rapport aux épaves, conſiſte à ſe les faire adjuger ou vendre à ſon profit au bout d'un certain temps, preſcrit par les Coutumes ou par l'uſage, qui commence à courir du jour qu'elles ont été déférées, & après les proclamations faites pendant ce temps aux lieux & jours accoutumés, lorſqu'elles n'ont pas été réclamées par le propriétaire avant l'adjudication.

Ce fruit n'eſt cenſé perçu, & n'eſt acquis au Seigneur de la juſtice que par l'adjudication ; car la choſe pouvant toujours être réclamée par le propriétaire juſqu'à l'adjudication ; ce n'eſt que par l'adjudication qu'elle eſt acquiſe au

Seigneur de la justice, & elle ne tombe par conséquent dans la communauté, que lorsque l'adjudication en a été faite durant la communauté.

230. Le trésor trouvé en terre, pour la portion que notre Droit François en accorde au Seigneur de la justice du lieu où il a été trouvé, est un fruit de son droit de justice, qui lui est acquis aussitôt que la découverte en a été faite, & qui appartient par conséquent, comme fruit, à la communauté, si la découverte en a été faite durant la communauté : il n'est pas besoin d'attendre comme à l'égard des épaves, si quelqu'un viendra le réclamer; car le trésor est par sa nature une chose dont on ne peut connoître le propriétaire : *Vetus depositio pecuniæ cujus memoria non extat*, & qui par conséquent, n'est pas sujet à réclamation.

231. Les droits de deshérence & de confiscation, sont aussi des fruits du droit de justice; ils consistent dans le droit qu'ont les Seigneurs de justice, de s'attribuer les biens situés ou trouvés dans le territoire de leur justice des personnes qui sont mortes sans laisser aucun héritier, ou qui ont été condamnées par un jugement qui emporte confisca-

tion ; le droit à ces biens eſt acquis au Seigneur de juſtice, dès l'inſtant de la mort de celui qui n'a pas laiſſé d'héritiers, ou de la prononciation du jugement qui emporte confiſcation, lorſqu'il eſt contradictoire ; & s'il eſt par défaut, du jour de l'exécution. Lorſque le droit à ces biens eſt acquis au Seigneur de juſtice pendant la communauté, il appartient comme fruit de ſon droit de juſtice à la communauté.

232. Il nous reſte à obſerver à l'égard des fruits des propres des conjoints, que non ſeulement les fruits de ceux qui ont une durée perpétuelle, appartiennent à la communauté, mais pareillement les fruits de ceux qui ont une durée bornée à un temps certain ou incertain : tels ſont les fruits d'un héritage, dont l'un des conjoints n'a qu'un droit de propriété reverſible ; ou dans leſquels il n'a qu'un droit d'uſufruit : tels ſont les arrérages d'une rente viagere propre de l'un des conjoints, comme il a été jugé par l'arrêt du 4 Août 1729, rapporté *ſuprà*, *n.* 90.

SECTION II.

Du Passif de la Communauté.

Le passif de la communauté légale consiste principalement dans les dettes de chacun des conjoints, dont cette communauté est chargée ; nous en traiterons dans le premier article : la communauté a encore d'autres charges qui font partie de son passif, dont nous ferons l'énumération dans le second article.

ARTICLE PREMIER.

Des dettes des conjoints.

Pour connoître quelles sont les dettes de chacun des conjoints qui sont une charge de leur communauté, nous traiterons séparément de celles qu'ils ont contractées avant leur mariage ; de celles que chacun des conjoints contracte durant leur mariage ; & enfin des dettes des successions qui leur échéent durant le mariage.

§. I.

Des dettes que les conjoints ont contractées avant leur mariage.

233. La communauté légale est chargée de toutes les dettes mobiliaires, dont chacun des conjoints étoit débiteur au temps que s'est contracté le mariage.

Cela est conforme à un principe de notre ancien Droit françois, que les dettes mobiliaires d'une personne sont une charge de l'universalité de ses meubles : chacun des conjoints, en se mariant, faisant entrer l'universalité de ses meubles dans la communauté légale, il s'ensuit, suivant ce principe, que cette communauté doit être tenue de leurs dettes mobiliaires, qui en sont une charge.

La Coutume de Paris, *art.* 221, s'en explique : « A cause de laquelle commu» nauté, le mari est tenu personnelle» ment payer les dettes mobiliaires dues » à cause de sa femme .... & aussi la fem» me est tenue après le trépas de son » mari, payer la moitié des dettes mo» biliaires faites & accrues par ledit ma-

» ri, tant durant ledit mariage, qu'au-
» paravant icelui, *&c.* ».

Nous ne citons cet article, que pour faire voir que la Coutume de Paris fait entrer dans la communauté légale toutes les dettes mobiliaires, dont chacun des conjoints étoit débiteur, lorsqu'ils ont contracté leur mariage; nous reservons de rapporter cet article en entier, & d'en donner l'explication *infrà, part.* 5, où nous traiterons de la maniere dont chacun des conjoints est tenu des dettes de la communauté après sa dissolution.

234. Une dette est mobiliaire, lorsque la chose due est une chose mobiliaire : par exemple, les dettes d'une somme d'argent, d'une certaine quantité de bled ou de vin, d'un cheval, d'un lit, *&c.* sont des dettes mobiliaires.

235. Lorsque quelqu'un s'est obligé à faire ou à ne pas faire quelque chose, cette dette est une dette mobiliaire; car à faute par le débiteur d'accomplir son obligation, elle se résout en des dommages & intérêts, qui consistent dans une somme d'argent à laquelle ils sont évalués ; & par conséquent, en quelque chose de mobilier.

236. Quoique ces dettes soient ac-

compagnées d'hypotheque, telles que celles pour lesquelles il y a un acte devant Notaires, ou une sentence, elles ne laissent pas d'être dettes mobiliaires, & d'être par conséquent une charge de la communauté des conjoints, qui s'en sont trouvés débiteurs lorsqu'ils ont contracté leur mariage.

237. Lorsque l'un ou l'autre des conjoints a contracté avant son mariage une dette mobiliaire solidairement avec d'autres ; étant débiteur de cette dette pour le total, la communauté en est chargée pour le total, sauf à exercer le même recours qu'a le conjoint contre ceux qui en sont les codébiteurs.

Mais si le conjoint, lorsqu'il s'est marié, n'étoit personnellement débiteur d'une dette mobiliaire que pour une certaine portion ; quoiqu'il en fût tenu hypothécairement pour le total, la communauté ne sera chargée que pour la portion pour laquelle ce conjoint en est personnellement tenu.

Par exemple, si l'un des conjoints à été, avant son mariage, héritier pour un quart d'une personne, sa communauté ne sera chargée que pour un quart des dettes mobiliaires hypothécaires de cette succession, dont le conjoint étoit encore

débiteur lorſqu'il s'eſt marié ; elle n'en ſera pas chargée pour le ſurplus ; car ces dettes ne ſont dettes de la perſonne du conjoint, que pour le quart dont il en eſt perſonnellement tenu en ſa qualité d'héritier ; pour le ſurplus, elles ne ſont pas une dette de ſa perſonne, mais une charge des biens de la ſucceſſion qui y ſont hypothéqués, & auxquels il a ſuccédé ; ces biens n'entrant pas dans la communauté, elle ne doit pas être tenue de cette charge : c'eſt pourquoi ſi ces dettes ſont payées durant la communauté, ſans qu'on ait pu avoir de recours contre les cohéritiers du conjoint, à cauſe de leur inſolvabilité, le conjoint dont les biens ont été libérés, doit à la communauté récompenſe pour les trois quarts.

238. En général, la Coutume en chargeant la communauté légale des dettes paſſives des conjoints, ne la charge que des dettes mobiliaires, dont ils ſont débiteurs perſonnels, & non de celles dont ils ne ſont tenus qu'hypothécairement, à cauſe de quelqu'un de leurs héritages qui y eſt hypothéqué ; c'eſt pourquoi, ſi pour libérer l'héritage ces dettes ſont acquittées, durant le mariage, des deniers de la communauté, le conjoint dont l'hé-

ritage a été libéré, doit récompenſe à la communauté, qui n'étoit pas tenue de cette dette.

239. On a coutume d'apporter une exception au principe, que toutes les dettes mobiliaires dont chacun des conjoints ſe trouve débiteur lorſqu'ils contractent leur mariage, ſont une charge de la communauté.

Cette exception concerne les dettes mobiliaires, qui ont pour cauſe, le prix d'un propre de communauté de l'un ou de l'autre des conjoints.

Par exemple, ſi j'ai acheté avant mon mariage, un héritage pour le prix d'une ſomme de dix mille livres, payable dans un certain temps, dont je ſuis encore débiteur lors de mon mariage; quoique cette dette ſoit une dette mobiliaire, puiſqu'elle eſt la dette d'une ſomme d'argent; néanmoins la communauté n'en ſera pas chargée. Par la même raiſon, ſi lors de mon mariage j'étois débiteur d'une certaine ſomme d'argent pour un retour de partage d'immeubles, d'une ſucceſſion qui m'eſt échue avant mon mariage; ce retour étant le prix des immeubles qui me ſont échus par le partage, leſquels me ſont propres de communauté; la communauté ne ſera point

chargée de la somme que je dois pour ce retour, quoique ce soit une dette mobiliaire; parce qu'elle est due pour le prix de mes propres de communauté.

Cette exception qui est adoptée par tous les Auteurs, & qui est suivie dans l'usage, est fondée sur ce qu'il a paru trop dur, qu'un conjoint fît payer à la communauté le prix d'un héritage qu'il retient pour lui seul, & qui lui est propre de communauté.

Cette raison n'a d'application qu'au cas auquel le conjoint est, lors de son mariage, possesseur de l'héritage dont il doit le prix; & ce n'est que dans ce cas que la dette du prix de l'héritage, quoique mobiliaire, n'entre pas en communauté.

Mais si dès-avant mon mariage j'avois revendu, ou autrement disposé de l'héritage, pour le prix duquel je suis débiteur d'une certaine somme; la communauté seroit chargée de cette dette, de même que de toutes mes autres dettes mobiliaires.

Pareillement cette raison qui a fait considérer la cause de la dette, pour exclure de la communauté les dettes d'une somme d'argent, dont l'un des conjoints étoit débiteur pour le prix d'un propre

de communauté, étant une raison qui n'a d'application qu'à ces dettes passives; c'est mal-à-propos que Lebrun en a voulu tirer argument, pour prétendre exclure pareillement de la communauté les dettes actives mobiliaires, antérieures au mariage, qui ont pour cause le prix de l'aliénation que l'un des conjoints a fait de quelqu'un de ses héritages avant son mariage. Voyez *suprà*, *n.* 77.

Quelques Auteurs ont eu une opinion singuliere, à l'égard de cette dette du prix d'un héritage propre, acquis par l'un des conjoints avant le mariage; ils conviennent que cette dette est une dette propre de ce conjoint, & qu'en conséquence le conjoint en doit récompense à la communauté, lorsqu'elle a été payée des deniers de la communauté. Mais ils y apportent un tempérament, qui est, que cette dette étant une dette, qui par sa qualité de dette mobiliaire, devroit tomber dans la communauté, & qui n'en est excluse que parce qu'elle est la dette du prix d'un propre du conjoint, le conjoint peut se décharger de cette dette, & la faire entrer dans la communauté, en abandonnant à la communauté son héritage propre, pour le prix duquel elle est due, & à cause duquel elle étoit excluse

de la communauté. Vaslin, en son Commentaire sur la Coutume de la Rochelle, cite pour cette opinion, *Valla de rebus dubiis*, Laurent Jouet & Ferriere; & il la rejette avec raison : car cette dette, par rapport à sa cause, n'étant point entrée dans la communauté, lorsque la communauté a commencé, il ne peut plus être permis au conjoint de l'y faire entrer par la suite. Le conjoint devant seul profiter de l'augmentation du prix qui surviendroit sur son héritage propre, il ne doit pas, lorsqu'il est diminué de prix, en faire supporter la perte à sa communauté, en abandonnant à la communauté cet héritage, pour se décharger du prix qu'il en doit.

240. Le principe, que les dettes passives mobiliaires de chacun des conjoints sont une charge de la communauté légale, reçoit encore une exception à l'égard des dettes passives d'un corps certain, qui, quoique mobilier, appartient à celui des conjoints seul qui en est débiteur, & n'est point entré dans sa communauté.

On peut apporter pour exemple, la dette qui résulte de la vente que l'un des conjoints a faite à un Marchand de bois auparavant son mariage, d'arbres

qui étoient encore ſur pied ſur ſon héritage lors de ſon mariage; cette dette eſt une dette mobiliaire de ce conjoint; car il ne doit donner les arbres qu'il a vendus, qu'après qu'ils auront été abattus, & qu'ils ſeront en conſéquence devenus choſes meubles : néanmoins comme ces arbres, quoique meubles, étant provenus durant le mariage d'un propre de communauté, n'entrent point en communauté, & appartiennent au conjoint ſeul à qui eſt le propre; la dette de ces arbres, eſt la dette de ce conjoint ſeul, & non de la communauté.

251. Il reſte à obſerver à l'égard des dettes paſſives mobiliaires, ſoit de l'homme, ſoit de la femme, qu'elles entrent dans la communauté légale, quand même elles excéderoient la valeur de l'actif mobilier, & même la valeur de tous les biens du conjoint qui en eſt le débiteur; la femme a un remede, qui eſt la renonciation à la communauté; mais le mari n'en a point pour ſe décharger des dettes dont ſa femme étoit débitrice, lorſqu'il l'a épouſée, & qui ſont en conſéquence entrées dans la communauté : de-là cet axiome, *qui épouſe la femme, épouſe les dettes.*

242. Quoique le mari devienne dé-

biteur des dettes de la femme qu'il a épousée, les créanciers de la femme, quoiqu'ils eussent un titre exécutoire contre elle, ne peuvent procéder contre le mari par voie d'exécution, qu'ils n'aient au préalable obtenu sentence contre lui, qui le condamne au paiement; ou ce qui revient au même, qui déclare exécutoire contre lui les titres que les créanciers ont contre sa femme.

243. A l'égard des dettes passives immobiliaires, dont chacun des conjoints est le débiteur lorsqu'ils contractent mariage, le conjoint, qui en est le débiteur, en demeure seul tenu, & la communauté n'en est pas chargée.

Par exemple, si peu avant mon mariage j'avois vendu un certain héritage, dont je n'avois pas encore mis l'acheteur en possession lors de mon mariage, je demeure seul tenu de la dette de cet héritage envers l'acheteur; ce n'est point une dette de ma communauté, dans laquelle il n'est point entré.

Il n'importe que la dette soit d'un immeuble certain & indéterminé, comme dans l'espece précédente, ou d'un immeuble indéterminé.

Par exemple, si mon pere dont je suis héritier, qui n'avoit point de vignes,

a légué à quelqu'un en ces termes : *Je legue à un tel un arpent de vignes dans les bons cantons de la Province* ; ce legs, dont j'étois encore débiteur, lorſque je me ſuis marié, eſt la dette d'un immeuble indéterminé, dont la communauté légale avec ma femme ne doit pas être chargée ; c'eſt pourquoi, ſi durant mon mariage j'achete un arpent de vignes pour le délivrer au légataire, & acquitter le legs, je devrai récompenſe à la communauté de la ſomme que j'en ai tirée, pour l'acquiſition de cet arpent, comme ayant ſervi à acquitter une dette dont j'étois ſeul tenu.

Il en feroit autrement ſi le legs étoit conçu en ces termes : *Je legue à un tel de quoi acheter un arpent de vignes* ; ce ne ſeroit pas en ce cas un arpent de vignes qui auroit été légué, mais la ſomme d'argent qui eſt néceſſaire pour l'acheter ; la dette qui réſulte de ce legs dont je ſuis tenu, ne ſeroit pas la dette d'un immeuble, mais la dette d'une ſomme d'argent, & par conſéquent une dette mobiliaire qui entre dans la communauté.

244. Si l'un des futurs conjoints qui étoit, lorſqu'il s'eſt marié, débiteur d'un héritage envers une perſonne à qui il

s'étoit obligé de le donner, étoit en outre débiteur envers la même personne, par rapport à cet héritage, de sommes d'argent, *putà*, pour les fruits qu'il en avoit perçus, pour les dégradations qui y avoient été faites par sa faute; il n'y a que la dette de l'héritage qui n'entre pas dans la communauté; celles pour raison des fruits & des dégradations étant dettes des sommes d'argent, & par conséquent dettes mobiliaires, y entrent.

245. Lorsque la dette, dont l'un des conjoints est débiteur au temps de son mariage, est une dette alternative de deux choses, dont l'une est immeuble, & l'autre est meuble; c'est le paiement qu'en fera le conjoint qui en est le débiteur, qui déterminera si la dette est une dette immobiliaire dont le conjoint doit être seul débiteur, ou si c'est une dette mobiliaire dont la communauté doit être chargée.

Cette option de paiement de l'une des deux choses donne-t-elle lieu à quelque récompense? Voyez *infrà*, *P*. 4.

Il ne faut pas confondre avec les dettes alternatives la dette d'une seule chose, avec faculté au débiteur d'en

payer

payer une autre à la place, comme nous l'avons vu *suprà*.

246. Y ayant variété dans les Coutumes sur la nature des rentes constituées à prix d'argent, que les unes réputent immeubles, & les autres réputent meubles, est-ce la Loi du domicile du créancier, à qui la rente est due, ou celle du conjoint qui en est le débiteur, qui doit décider si la rente, dont le conjoint est débiteur, doit entrer ou non, dans la communauté de ce conjoint? Lebrun, *Traité de la Communauté*, *liv.* 1, *chap.* 5, *n.* 35, décide fort bien que c'est la loi du domicile qu'a le créancier de la rente, au temps auquel le débiteur se marie, qui doit régler si elle entrera ou non, dans la communauté; cela est une suite de ce que nous avons dit *suprà*, *n.* 85, que c'étoit la loi du domicile du créancier de la rente qui en régloit la nature, & qui lui donnoit la qualité d'immeuble, ou de meuble.

Suivant ce principe, si un Rhémois, lorsqu'il se marie doit une rente à un Parisien, cette rente étant un immeuble, suivant la loi du domicile du créancier, qui en regle la nature, la dette de cette rente, dont ce Rhémois est débiteur, est la dette d'un immeuble, qui ne doit pas

par conséquent entrer dans la communauté légale de ce Rhémois.

Vice versâ : si un Parisien, lorsqu'il se marie, doit une rente à un Rhémois, la rente étant meuble, suivant la loi du créancier, à qui la rente est due, la dette de cette rente, dont le Parisien est débiteur, est la dette d'un meuble, & par conséquent une dette mobiliaire qui doit entrer dans la communauté légale de ce Parisien.

Lorsque la dette d'une rente est entrée dans la communauté en sa qualité de dette de *chose mobiliaire*, que donnoit à la rente la loi du domicile qu'avoit alors le créancier; quoique cette rente par la suite, durant le mariage, vienne à changer de nature par la translation du domicile du créancier, sous une Coutume qui répute les rentes immeubles, la communauté pour cela n'en sera pas déchargée.

Pareillement, si la rente dont le conjoint étoit débiteur lorsqu'il s'est marié, étoit alors immeuble, quoique par la suite, durant le mariage, elle devienne meuble par la translation du domicile du créancier, ce conjoint continuera d'en être seul débiteur.

247. Ce n'est qu'à l'égard de leur prin-

cipal que les rentes constituées sont réputées immeubles, & qu'elles n'entrent pas dans la communauté légale du conjoint qui en est le débiteur : les arrérages sont dettes mobiliaires, qui entrent dans cette communauté.

Il est évident que les rentes foncieres dont les héritages des conjoints sont chargés, n'entrent point dans la communauté légale, dans laquelle les héritages, qui en sont chargés, n'entrent pas ; mais tout ce qui en est dû d'arrérages, lors de la célébration du mariage, y entre ; ces arrérages étant une dette mobiliaire du conjoint, à qui les héritages appartiennent.

La communauté est aussi tenue de tous les arrérages des rentes, tant constituées que foncieres, dues par chacun des conjoints, qui courront pendant tout le temps qu'elle durera ; car puisque tous les revenus des biens propres de chacun des conjoints appartiennent à la communauté, comme nous l'avons vu *suprà*, *sect.* 1, *art.* 3 ; elle doit être tenue de ces arrérages, qui sont les charges desdits revenus, & qui les diminuent de plein droit.

C'est pourquoi, es créanciers des rentes, soit foncieres, soit constituées,

dues par la femme, sont en droit d'exiger du mari, comme chef de la communauté, un titre nouvel, par lequel il s'oblige, en sa qualité de mari d'une telle, à la prestation des arrérages desdites rentes, qui courront pendant tout le temps que la communauté durera.

§. II.

Des dettes que les conjoints contractent durant le mariage.

248. Le mari étant, pendant que le mariage & la communauté durent, seul maître de cette communauté, comme nous l'avons observé au commencement de ce Traité; ayant le droit d'en disposer à son gré, tant pour sa part, que pour celle de sa femme, sans son consentement; même de les perdre & de les dissiper; c'est une conséquence que la communauté est tenue de toutes les dettes qu'il contracte, pendant que durent le mariage & la communauté.

Ce droit qu'a le mari de charger les biens de la communauté, tant pour la part qu'il y a, que pour celle qu'y a sa femme, de toutes les dettes qu'il contracte pendant la communauté, est une suite

de la qualité qu'il a de chef de la communauté, que lui donne le droit de puissance qu'il a sur sa femme; la femme lorsque son mari contracte, est censée, non en son propre nom, mais en sa qualité de commune, contracter & s'obliger avec lui pour sa part en la communauté, même sans qu'elle en ait rien sçu, & sans qu'elle puisse s'y opposer.

Ce principe a lieu à l'égard de toutes les dettes que le mari contracte pendant que dure la communauté.

Il n'importe que la communauté en ait profité, ou non; il n'importe même qu'il les ait contractées pour les affaires de la communauté, ou non. Par exemple, si le mari, durant le mariage, s'est rendu caution pour quelqu'un, pour des affaires auxquelles il n'a aucun intérêt, & uniquement pour faire plaisir au débiteur son ami; quoique ce cautionnement ne concerne point les affaires de la communauté, elle ne laissera pas d'être chargée de la dette qui résulte de ce cautionnement, quand même le débiteur, que le mari a cautionné, seroit insolvable.

Il y a plus : lorsque le mari a commis un délit, pendant le mariage, on ne peut pas dire, à la vérité, que sa

femme, qui n'y a eu aucune part, ſoit cenſée l'avoir commis avec lui ; mais elle n'en eſt pas moins cenſée s'être obligée avec lui, en ſa qualité de commune, à la réparation du délit, pour ſa part en la communauté ; cette réparation eſt une dette de la communauté, quoiqu'elle n'ait profité aucunement du délit. Par exemple, ſi le mari, durant le mariage, a dans une rixe grievement bleſſé quelqu'un envers qui il a été condamné en une certaine ſomme pour réparation civile, la communauté eſt tenue de cette dette.

Elle eſt pareillement tenue des amendes auxquelles le mari eſt condamné, durant le mariage, ſoit en matiere de Police, ſoit en matiere criminelle.

249. Il faut en excepter l'amende à laquelle le mari ſeroit condamné par un jugement à une peine capitale.

Les peines capitales ſont celles de mort, celles des galeres à perpétuité, & du banniſſement à perpétuité hors du Royaume.

La raiſon pour laquelle la communauté n'eſt pas tenue de l'amende prononcée contre le mari par un tel jugement, eſt que ce jugement faiſant per-

dre de plein droit au mari son état civil, opere de plein droit la dissolution de la communauté; d'où il suit qu'on ne peut pas dire que la dette de cette amende ait été contractée durant la communauté, puisque le jugement qui la prononce, & par lequel la dette de cette amende a été contractée, avoit opéré la dissolution de la communauté.

Envain opposeroit-on que le crime a été commis durant la communauté; car le crime rend bien digne de l'amende celui qui l'a commis; mais elle ne l'en rend pas proprement débiteur : c'est le jugement de condamnation qui forme cette dette.

Il y a plus de difficulté à l'égard de la réparation civile, à laquelle le mari a été condamné envers une partie civile, par le jugement qui le condamne à une peine capitale; on peut dire que le mari, en commettant ce crime durant la communauté, a dès ce temps contracté l'obligation de réparer le tort qu'il a causé par ce crime à cette partie civile; la dette de cette réparation civile a donc été contractée durant la communauté: ce n'est pas le jugement de condamnation qui a produit cette dette, il n'a fait que la liquider. Néanmoins on juge

favorablement, que lorſque la réparation civile eſt prononcée par un jugement capital, la communauté n'en eſt tenue que juſqu'à concurrence de ce qu'elle en auroit profité. Livoniere en a fait une maxime, *liv.* 4, *ch.* 1, *n.* 24.

250. Le principe que nous avons établi, que la communauté eſt tenue de toutes les dettes que le mari contracte, pendant qu'elle dure, ſouffre exception à l'égard de celles qui ſont contractées pour des affaires qui concernent l'intérêt du mari ſeul, & dont il n'y a que lui qui profite.

Cette exception dérive d'un principe, qui eſt, qu'encore bien que le mari ſoit, durant le mariage & pendant que la communauté dure, maître abſolu des biens de la communauté, & qu'il puiſſe en conſéquence en diſpoſer à ſon gré, & les diſſiper, il ne peut néanmoins s'en avantager, au préjudice de la part que doit y avoir ſa femme.

Suivant ce principe, ſi durant ma communauté je me ſuis obligé envers mon voiſin à lui donner une certaine ſomme pour l'affranchiſſement d'un droit de ſervitude, dont mon héritage étoit chargé envers le ſien, ma communauté ne ſera point tenue de cette dette; car elle a été

contractée pour une affaire qui ne concerne que l'intérêt de moi seul, & dont je profite seul ; c'est pourquoi, si par la suite je payois des deniers de la communauté cette somme, j'en devrois récompense à la communauté.

On peut apporter une infinité d'autres exemples. Voyez *infrà*, *part.* 4, où nous traiterons des récompenses.

251. Le principe, que la communauté est tenue de toutes les dettes que le mari a contractées pendant qu'elle dure, reçoit pareillement exception, à l'égard de celles qu'il contracte durant la communauté, en faveur de quelqu'un des enfans qu'il a d'un précédent mariage, ou même lorsqu'il n'a pas d'enfans, en faveur de quelqu'un de ses héritiers présomptifs, dont ces personnes seules profitent ; car il ne peut pas plus avantager des biens de la communauté ces personnes que lui-même, au préjudice de la part que doit y avoir sa femme.

Par exemple, si durant la communauté, le mari par le contrat de mariage de quelqu'un de ses enfans d'un précédent mariage, ou de quelqu'un de ses héritiers présomptifs, s'est engagé de donner une certaine somme pour la dot,

il est seul tenu de cette dette ; sa communauté n'en est pas chargée.

Il en est de même de toutes les autres dettes qui ne sont contractées que pour l'intérêt de ces personnes, tel que seroit un cautionnement que le mari durant la communauté, auroit subi pour les affaires de ces personnes.

252. C'est au temps que le mari a contracté la dette, qu'on considere si la personne en faveur de qui il l'a contractée, étoit son héritiere présomptive.

C'est pourquoi, si un mari pendant sa communauté, a promis une certaine somme pour la dot de sa cousine, qui étoit alors son héritiere présomptive ; la communauté ne sera pas tenue de cette dette, quoique par la suite, par des enfans qui sont survenus au mari, cette cousine ait cessé d'être son héritiere présomptive.

Vice versâ : si cette cousine n'étoit pas alors son héritiere présomptive, quoiqu'elle le soit depuis devenue ; la communauté qui a été chargée de cette dette, continuera d'en être chargée, à moins qu'il n'eût promis expressément que pour le cas auquel elle le deviendroit.

Par exemple, si un homme qui n'a qu'un enfant, promet à une cousine qui

eſt après cet enfant ſa plus proche parente, une certaine ſomme en dot, dans le cas auquel cet enfant viendroit à la prédécéder; cette dette doit être conſidérée comme contractée en faveur de ſon héritier préſomptif, puiſqu'elle eſt contractée pour le cas auquel cette couſine le deviendroit; & en conſéquence la communauté n'en doit pas être chargée.

Il n'en eſt pas de même d'une dette que le mari contracteroit ſans le conſentement de ſa femme, en faveur de quelqu'un de leurs enfans communs; cette dette eſt une charge de la communauté; car cet enfant n'appartenant pas moins à ſa femme qu'à lui, on ne peut pas dire, qu'en contractant cette dette, il attire de ſon côté, au préjudice de ſa femme, les biens de la communauté.

Par la même raiſon, lorſqu'un homme a épouſé une femme de ſa famille, & qu'ils ont l'un & l'autre pour héritiere préſomptive la même perſonne; la communauté paroît devoir être chargée de la dette que le mari, ſans le conſentement de ſa femme, a contractée en faveur de cette perſonne.

253. Le principe, que la communauté doit être chargée de toutes les dettes que le mari contracte pendant qu'elle dure,

doit-il recevoir une troisieme exception, à l'égard de l'obligation de garantie qu'il contracte envers un acheteur à qui il vend, durant la communauté, un héritage propre de sa femme, sans le consentement de sa femme ? J'ai cru autrefois, que cette obligation de garantie étoit une dette de communauté, de même que toutes celles que le mari contracte pendant que la communauté dure. Dans cette supposition, j'ai décidé, dans mon Traité du Contrat de Vente, *n.* 179, qu'un homme ayant vendu, pendant la communauté, l'héritage propre de sa femme, sans son consentement; la femme ayant depuis accepté la communauté, l'acheteur devoit avoir une exception de garantie contre la demande en revendication de cet héritage, pour y faire déclarer la femme non recevable pour la moitié, comme étant tenue en sa qualité de commune, de cette obligation de garantie pour la moitié : je crois devoir changer d'avis, & faire pour cette obligation de garantie une troisieme exception au principe qui charge la communauté de toutes les obligations que le mari contracte pendant qu'elle dure. Voici sur quoi je me fonde; c'est la loi qui donne au mari la puis-

sance qu'il a sur la personne & les biens de sa femme, & qui lui donne le droit de contracter, tant pour elle que pour lui, & de la rendre en sa qualité de commune, participante de toutes les obligations qu'il contracte, sans avoir besoin pour cela de son consentement; mais la Loi n'accorde au mari ce droit de puissance, sur la personne & les biens de sa femme, qu'à la charge expresse qu'il ne pourra vendre les héritages propres de sa femme, sans le consentement de sa femme. Par cette défense la Loi de la puissance maritale, excepte le contrat de vente des héritages propres de la femme, de la généralité des contrats, qu'elle autorise le mari comme chef de la communauté, à faire tant pour lui que pour sa femme, en sa qualité de commune, sans avoir besoin de son consentement; c'est pourquoi lorsque le mari vend, pendant la communauté, l'héritage propre de sa femme, sans son consentement, il ne peut être censé avoir fait ce contrat, tant pour lui que pour sa femme en sa qualité de commune, ni par conséquent avoir contracté, tant pour lui que pour sa femme comme commune l'obligation de garantie envers l'acheteur, que ce contrat renferme. Donc il contracte seul cette

obligation de garantie, sa communauté n'en est pas chargée, elle n'est tenue, en cas d'éviction qu'à la restitution du prix qu'elle a reçu; la femme peut donc, quoiqu'elle ait accepté la communauté, revendiquer son héritage propre que son mari a vendu, en offrant seulement à l'acquéreur, la restitution du prix pour la part dont elle en est tenue comme commune; sauf à lui à se pourvoir contre les héritiers du mari, pour le surplus, & pour les dommages & intérêts résultants de l'obligation de garantie.

La Coutume de Poitou a suivi ce sentiment, en permettant par l'article 230 à la femme, sans distinguer si elle est commune ou non, de se faire rendre son héritage propre, lorsque le mari l'a vendu.

Lebrun, *liv.* 2, *ch.* 3. *n.* 38, dit que la femme, quoiqu'elle ait accepté la communauté, peut évincer pour le total l'acheteur de son héritage propre, & qu'elle est, comme commune, tenue envers lui, pour sa part des dommages & intérêts résultants de l'obligation de garantie que son mari a contractée durant la communauté, en le lui vendant. Cela implique contradiction; car on ne peut supposer que la femme peut évincer pour le total

l'acheteur, qu'en ſuppoſant qu'elle n'eſt aucunement tenue de l'obligation de garantie que ſon mari a contractée envers lui ; puiſque ſi elle en étoit tenue, elle ne ſeroit pas recevable dans ſa demande en revendication, pour la part dont elle ſeroit tenue de cette obligation; ſuivant le principe, *quem de evictione tenet actio, cùm agentem repellit exceptio*, mais ſi elle n'eſt pas tenue de cette obligation, de garantie, elle ne peut pas être tenue des dommages & intérêts réſultants de l'inexécution de cette obligation.

§. III.

Des dettes contractées par la femme durant la Communauté.

254. Les dettes contractées par la femme durant la communauté, pour les affaires de la communauté, ſont charges de la communauté, lorſqu'elle a été autoriſée de ſon mari pour les contracter.

Les dettes qu'elle a contractées pour raiſon d'un commerce qu'elle exerce au vu & au ſçu de ſon mari, ſont pareillement dettes de la communauté, quoique ſon mari ne l'ait pas expreſſément autoriſée pour les contracter ; car le mari

ayant donné, au moins tacitement, ſon conſentement au commerce que ſa femme exerce, il eſt cenſé avoir donné tacitement ſon conſentement aux dettes que la femme a contractées pour raiſon de ce commerce, dont elles ſont une ſuite néceſſaire.

255. A l'égard des autres dettes que la femme a contractées ſans l'approbation de ſon mari, quoiquelle les ait valablement contractées, s'étant faite, ſur le refus de ſon mari, autoriſer par juſtice pour les contracter, la communauté n'en eſt tenue que juſqu'à concurrence de ce qu'elle a profité de l'affaire pour laquelle elles ont été contractées.

Par exemple, ſi une femme, ſur le refus de ſon mari, s'eſt faite autoriſer par juſtice pour la pourſuite de droits ſucceſſifs qu'on lui diſputoit, la communauté ne ſera tenue des dettes que cette femme a contractées pour raiſon de cette pourſuite, que juſqu'à concurrence de ce qu'elle a profité.

C'eſt pourquoi ſi le mari eſt aſſigné par les créanciers de la femme pour le paiement des dettes qu'elle a contractées pour cette pourſuite, le mari en offrant de rapporter les choſes qui lui ſont parvenues de cette ſucceſſion, & de comp-

ter des fruits qu'il en a perçus, peut se faire décharger de leur demande.

La Coutume d'Orléans, *art.* 201, a une disposition conforme à ces principes; en l'art. 201, il est dit : « femme » conjointe par mariage peut poursuivre » ses actions & droits avec l'autorité de » son mari; & au refus elle peut requé» rir être autorisée par justice, & en » cette qualité intenter lesdites actions, » sans que les Sentences ou Jugements » qui pourroient être donnés à l'encon» tre desdites femmes non autorisées, » ni avouées par lesdits maris, puissent » être exécutés sur les biens de la com» munauté pendant icelle : toutefois le » mari sera tenu rapporter ce qu'il aura » pris & reçu à cause desdits droits & ac» tions poursuivis par sadite femme ».

Pour cet effet le mari doit faire un inventaire de tout ce qui lui est parvenu à cause desdits droits, & le représenter aux créanciers, ou en justifier par quelqu'autre acte équipollent, à peine, faute de l'avoir fait, d'être tenu indéfiniment envers lesdits créanciers.

256. Lorsque la communauté n'a aucunement profité des dettes que la femme a contractées durant le mariage sans l'approbation de son mari, quoique ce

ſoient des dettes qu'elle a valablement contractées ; la communauté n'en eſt aucunement tenue.

Par exemple, ſi une femme pendant ſon mariage a commis quelque délit, pour raiſon duquel elle ait été pourſuivie & condamnée en quelque ſomme d'argent, ſoit pour amende, ſoit pour réparation ; la communauté, qui n'a pas profité du délit, ne ſera aucunement tenue de cette dette ; & comme tous les revenus des biens de la femme appartiennent à la communauté pendant tout le temps qu'elle dure, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *ſect.* 1, *art.* 3 ; le créancier ne ſe pourra faire payer de cette dette ſur les biens de la femme, qu'après la diſſolution de la communauté.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 200, en a une diſpoſition. Il y eſt dit : » femme mariée......peut être convenue, « ſans ſon mari, pour l'injure qu'elle » auroit faite ou dite à aucun : toutefois ſi ladite femme eſt condamnée, le » mari & les biens, que lui & ſadite » femme ont & poſſedent, conſtant leur » mariage, n'en ſont tenu durant la communauté de biens ».

La Coutume s'explique mal ; les biens de la femme ſont tenus de la dette qui

résulte de la condamnation intervenue contre elle, ils y sont hypothéqués du jour du Jugement ; la Coutume veut dire seulement, que les revenus des biens de la femme, pendant que la communauté dure, ne sont pas tenus de cette dette ; parce que les revenus de tout ce temps n'appartiennent pas à la femme débitrice, mais à la communauté qui n'est pas tenue de cette dette.

Cette disposition de la Coutume d'Orléans, ainsi que la précédente, rapportée *suprà*, étant fondée sur les principes généraux de la communauté entre conjoints par mariage, elles doivent avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

257. Lorsque le créancier a fait constituer prisonniere la femme pour la réparation civile, en laquelle il l'a fait condamner ; est-il fondé à répéter du mari, durant le mariage, les sommes qu'il paye pour les aliments de la femme, pendant le temps qu'il la retient en prison ? Les moyens du créancier sont que la communauté doit à la femme des aliments ; le créancier a donc acquitté une dette de la communauté en les lui fournissant ; & par conséquent, il pourroit paroître être fondé à s'en faire rembourser par le

mari, chef de la communauté, qui étoit débitrice desdits aliments, & à la décharge de laquelle il les a fournis.

Les moyens du mari pour se défendre de cette demande sont, que la communauté n'a pas profité des aliments que le créancier a fournis à la femme qu'il retient prisonniere ; que ceux qui auroient été fournis à la femme en la maison de son mari, qui est le lieu où ils lui sont dûs, n'auroient rien coûté à la communauté, qui en auroit été dédommagée par les services qu'elle auroit rendus à la maison.

258. Quelques Coutumes se sont écartées des principes généraux que nous venons d'exposer sur les dettes qui naissent des délits, soit du mari soit de la femme : telles sont les Coutumes d'Anjou & du Maine ; ces Coutumes ne font aucune distinction entre le mari & la femme ; elles disent indistinctement que le créancier du conjoint qui a commis le délit, peut se venger sur les biens communs, pour la réparation qui lui est dûe, sauf à l'autre conjoint qui n'a pas commis le délit, à requérir la séparation des biens de la communauté, à l'effet de restreindre le créancier à la part qu'y doit avoir le

conjoint qui a commis le délit, laquelle ſéparation de biens continue à l'avenir.

259. Il nous reſte à obſerver, que pour éviter les fraudes par leſquelles la femme pourroit éluder par des antidates, la regle qui ne lui permet pas de charger la communauté ſans le conſentement de ſon mari, des dettes qu'elle contracte durant le mariage; la juriſprudence des arrêts a établi que la communauté n'étoit point tenue de toutes les dettes contractées par la femme, par des actes ſous ſignatures privées, quoiqu'ils euſſent une date antérieure au mariage, à moins que le créancier ne juſtifiât la vérité de cette date, ſauf à lui à s'en faire payer après la diſſolution du mariage par la femme; les arrêts ſont rapportés par Deniſar. La déciſion de ces arrêts eſt fondée ſur le principe établi en notre Traité des Obligations, *n.* 715, que les actes ſous ſignature-privée, ne font pas foi de leur date contre les tiers, contre leſquels *ils* ſont cenſés n'avoir de date que du jour qu'ils ſont produits. Je crois néanmoins qu'on doit avoir égard aux circonſtances.

§. IV.

Des dettes des successions qui écheent à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage pendant la Communauté.

260. Lorsque durant la communauté il est échu une succession à l'un ou à l'autre des conjoints, que ce conjoint a acceptée ; si toute cette succession ne consiste qu'en mobilier, la communauté profitant en ce cas en entier de la succession, doit en supporter toutes les charges, & être tenue de toutes les dettes, tant des dettes mobiliaires, que des rentes qui étoient dûes par le défunt. Il y a néanmoins une différence entre le mari & la femme : lorsque le mari a accepté indiscrétement la succession d'un homme insolvable, & qui ne consistoit qu'en mobilier ; la communauté qui a recueilli tout l'actif de cette succession, est tenue entiérement des dettes, quoiqu'elles excédent de beaucoup l'actif dont elle a profité. Au contraire, lorsqu'une femme, sur le refus de son mari, a été autorisée par justice, pour accepter une succession qui ne consistoit pareillement qu'en mobi-

lier, la communauté n'eſt tenue des dettes de cette ſucceſſion, que juſqu'à concurrence de l'actif dont elle a profité.

La raiſon de différence à cet égard, entre le mari & la femme, dérive des principes que nous avons établis dans les paragraphes précédents; le mari étant maître abſolu des biens de la communauté pendant tout le temps qu'elle dure, pouvant en diſpoſer à ſon gré, même les perdre; la communauté eſt chargée entiérement de toutes les dettes qu'il contracte pendant qu'elle dure, ſoit qu'elle ait profité ou non des affaires pour leſquelles il les a contractées, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 247; elle doit donc être chargée entiérement des dettes des ſucceſſions échues au mari pendant qu'elle dure, dont le mari s'eſt rendu débiteur en acceptant indiſcrétement ces ſucceſſions, quoique ces dettes excedent l'actif deſdites ſucceſſions dont elle a profité. Au contraire, la femme n'ayant pas le droit de diſpoſer des biens de la communauté pendant qu'elle dure, dans leſquels elle n'a encore qu'un droit informe; elle ne peut charger la communauté des dettes qu'elle contracte ſans l'approbation de ſon mari, pendant qu'elle dure, ſi ce n'eſt juſqu'à concurrence de ce que

la communauté profite des affaires pour lesquelles elle les a contractées, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 254, d'où il suit que lorsque durant la communauté, une femme autorisée par justice, au refus de son mari, accepte indiscrétement une succession plus onéreuse que profitable, la communauté ne peut être tenue des dettes de cette succession, dont la femme se rend débitrice en l'acceptant, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que ladite communauté profite des biens de ladite succession.

C'est pourquoi, si le mari comme chef de la communauté est poursuivi par les créanciers desdites successions; en offrant de leur compter de tout ce qui lui en est parvenu, il doit être renvoyé de leurs demandes, & ces créanciers sont obligés d'attendre le temps de la dissolution de la communauté, pour se faire payer de ce qui manque pour les remplir, par la femme, qui en acceptant la succession, s'est rendue leur débitrice; la femme ne le pouvant plutôt, puisque jusqu'à ce temps, les revenus de tous ses biens ne lui appartiennent pas, mais appartiennent à la communauté, comme nous l'avons vu *suprà*.

261. Lorsque la succession échue à

l'un

l'un des conjoints durant la communauté, n'est composée que d'immeubles; tout l'actif en ce cas étant propre de communauté au conjoint, à qui la succession est échue, il doit être tenu de tout le passif, tant des dettes mobiliaires que des rentes; la communauté qui ne succede à rien de l'actif n'en doit être aucunement tenue, si ce n'est des arrérages & des intérêts qui courront depuis l'ouverture de la succession jusqu'à la dissolution; ces arrérages & ces intérêts étant des charges des revenus des biens de cette succession, lesquels, ainsi que ceux de tous les autres biens du conjoint, appartiennent durant tout ce temps à la communauté.

261. Lorsque la succession qui écheoit à l'un des conjoints durant la communauté, est composée en partie de meubles qui entrent dans la communauté, & en partie d'immeubles qui n'y entrent pas, & qui sont propres de communauté à celui des conjoints à qui la succession est échue; Lebrun & Renusson pensent que la communauté est chargée, en ce cas, de toutes les dettes mobiliaires de la succession, & que le conjoint à qui elle est échue, est seul chargé de tous les principaux de rentes dues par la

succession ; sauf que dans le cas auquel les dettes mobiliaires excéderoient l'actif mobilier, il accorde à la communauté récompense de cet excédent contre le conjoint, jusqu'à concurrence de ce qu'il profite des immeubles de la succession qui lui sont propres de communauté ; & pareillement dans le cas auquel les principaux de rentes dues par la succession dont ils chargent le conjoint, excéderoient la valeur des immeubles auxquels il succede, ils lui donnent récompense contre la communauté jusqu'à concurrence de ce qu'elle profite de l'actif mobilier, déduction faite du passif. Je pense qu'il y a de la distinction à faire entre les différentes Coutumes.

Il y a des Coutumes qui chargent le mobilier des successions de toutes les dettes mobiliaires de la succession; il n'est pas douteux que dans ces Coutumes, la communauté dans laquelle entre tout le mobilier actif des successions échues à l'un ou à l'autre des conjoints, est tenue de toutes les dettes mobiliaires desdites successions.

Mais il y a des Coutumes, qui comme celle de Paris, *art.* 334, font contribuer les héritiers aux différentes especes de biens, à toutes les différentes

especes de dettes, soit mobiliaires, soit rentes, à proportion de ce que chacun d'eux a dans l'actif de la succession. L'esprit de ces Coutumes est, que chaque différente espece de biens dont est composée l'universalité de la succession, soit chargée d'une portion dans toutes les différentes especes de dettes, soit mobiliaires, soit rentes, qui soit dans la même raison & proportion qu'est la valeur de chaque espece de biens à celle du total de la succession. Par exemple, si le mobilier de la succession fait le tiers du total de la succession, le mobilier dans ces Coutumes, est chargé du tiers de toutes les dettes, tant des mobiliaires que des principaux des rentes dûs par la succession.

Lorsqu'une succession est déférée dans ces Coutumes à l'un des conjoints par mariage pendant sa communauté, & qu'elle est composée de mobilier qui entre dans la communauté, & d'immeubles qui deviennent propres de communauté à ce conjoint; j'aurois de la peine à suivre l'opinion de Lebrun & de Renusson, & j'inclinerois plutôt pour celle de Lemaître & de quelques autres Auteurs qui pensent que dans ce cas la communauté doit être chargée de la portion

dans toutes les dettes, tant mobiliaires que principaux de rentes dûs par la succession, dont la Coutume qui a déféré la succession charge ce mobilier; & pareillement le conjoint qui retient les immeubles de la succession, comme propres de communauté, doit être seul tenu de l'autre portion des dettes tant mobiliaires que principaux de rentes, dont la communauté charge les immeubles de cette succession.

Par exemple, si le mobilier de la succession en fait le tiers, & les immeubles en font les deux autres tiers, la communauté sera tenue du tiers de toutes les dettes tant mobiliaires que principaux de rentes, & le conjoint sera tenu seul des deux autres tiers, sauf que la communauté sera tenue en entier de tous les intérêts & arrérages qui courront pendant tout le temps que la communauté durera; parce que les revenus desdits immeubles, ainsi que ceux de tous les biens du conjoint, appartiennent pendant ledit temps à la communauté.

Je me fonde sur ce que le contrat de communauté qui intervient tacitement entre les conjoints, renferme, de même que tous les autres contrats de société, des cessions réciproques, que chacune

des parties fait à l'autre partie, des choses & droits qu'elle met dans la communauté, pour la part que l'autre conjoint doit avoir dans la communauté; c'est pourquoi, lorsqu'il m'est échu une succession pendant ma communauté, au partage que je fais après la mort de ma femme des biens de la communauté avec l'héritier de ma femme; cet héritier de ma femme, doit être considéré en sa qualité de commun pour moitié, comme cessionnaire pour moitié de mes droits successifs dans le mobilier de la succession; il doit par conséquent être tenu des dettes de cette succession que j'ai fait entrer dans la communauté, de la même maniere qu'en seroit tenu tout autre cessionnaire, à qui un héritier auroit fait une cession de la moitié de ses droits successifs dans le mobilier d'une succession; or, un tel cessionnaire, dans la Coutume de Paris, seroit tenu de la moitié, non de toutes les dettes mobiliaires de cette succession, mais de la portion que le mobilier de cette succession doit porter dans toutes les dettes, tant mobiliaires que rentes dues par cette succession, suivant la contribution & répartition qui doit s'en faire sur les différentes especes de biens dont la succession

eſt compoſée : dans cette eſpece, l'héritier de ma femme doit donc pareillement être tenu de la moitié, non de toutes les dettes mobiliaires de la ſucceſſion tombée en communauté, mais de la portion que le mobilier de ladite ſucceſſion doit porter dans toutes les dettes, tant mobiliaires que rentes dues par ladite ſucceſſion ; & ce n'eſt que de cette portion dont la communauté doit être chargée.

On oppoſe contre cette opinion, qu'elle eſt contraire aux principes de la matiere de la communauté : ſuivant ces principes, la communauté doit être chargée de toutes les dettes mobiliaires de chacun des conjoints ; les dettes d'une ſucceſſion par l'acceptation pure & ſimple que l'héritier fait de la ſucceſſion, deviennent les dettes perſonnelles de l'héritier ; les dettes mobiliaires d'une ſucceſſion que l'un des conjoints a acceptées durant la communauté, étant devenues les dettes de ce conjoint, la communauté qui doit être chargée de toutes les dettes mobiliaires de chacun des conjoints, doit donc être chargée de toutes les dettes mobiliaires de la ſucceſſion, qui ſont devenues par ſon acceptation les dettes de ce conjoint ; l'opinion

de Lemaître qui ne l'en charge que d'une partie, est donc contraire aux principes de la communauté.

La réponse est que le principe qui charge la communauté de toutes les dettes mobiliaires de chacun des conjoints, souffre une exception à l'égard de celles que l'un des conjoints a contractées, pour raison de quelqu'un de ses propres de communauté, comme nous l'avons, vu *suprà*, *n.* 239. : or, les dettes mobiliaires de la succession pour la portion dont les immeubles de la succession sont chargés, sont dettes que le conjoint a contractées pour raison desdits immeubles, auxquels il a seul succédé, & par conséquent pour raison de ses propres de communauté, qui doivent être exceptées de la regle qui fait tomber les dettes mobiliaires des conjoints dans la communauté, & dont il doit être tenu seul.

Denisart atteste que cette opinion, que nous avons embrassée, est suivie par l'usage au Châtelet de Paris.

262. J'étois créancier, lorsque je me suis marié, d'une rente constituée, qui m'étoit due par un de mes parens; cette rente étant réputée immeuble, m'est un propre de communauté; depuis je suis

devenu unique héritier pur & ſimple du débiteur de cette rente : ſuis-je fondé à prétendre que notre communauté me doit faire raiſon de cette rente, ou pour le total, ſi la ſucceſſion qui m'eſt échue ne conſiſtoit qu'en mobilier, & eſt entrée en entier dans notre communauté, ou pour la portion dont le mobilier de cette ſucceſſion étoit tenu des dettes de cette ſucceſſion, ſi elle conſiſtoit en mobilier & en immeubles ? La raiſon de douter eſt, qu'il s'eſt fait extinction & confuſion de cette rente, lorſque je ſuis devenu l'unique héritier pur & ſimple de celui qui en étoit le débiteur, les qualités de créancier & de débiteur étant des qualités qui ſe détruiſent réciproquement, lorſqu'elles viennent à concourir dans une même perſonne : or, dit-on, je ne puis être fondé à prétendre que notre communauté me faſſe raiſon de ce qui n'exiſte plus ; notre communauté n'a pu jamais être débitrice envers moi de cette rente, puiſqu'elle a ceſſé d'exiſter auſſi-tôt & dans le même inſtant que je ſuis devenu héritier de mon débiteur : nonobſtant cette raiſon, il faut décider que notre communauté eſt tenue envers moi de la continuation de cette rente ; & qu'en conſéquence, lors de la diſſo-

lution de la communauté, ma femme ou ses héritiers, en cas d'acceptation de la communauté, seront tenus de me la continuer pour la moitié qu'ils ont dans la communauté. Cette décision est fondée sur la Loi 2, §. 18, ff. *de hered. vend.* qui décide que lorsqu'un héritier, après avoir accepté une succession, a cédé à quelqu'un ses droits successifs; le cessionnaire desdits droits successifs est tenu de faire raison à l'héritier son cédant, de ce qui étoit dû audit cédant par le défunt, dont on a cédé les droits successifs : *Quum quis debitori suo heres extitit*, dit cette Loi, *confusione creditor esse desinit ; sed si vendidit hereditatem, æquissimum videtur emptorem hereditatis, vicem heredis obtinere, & idcircò teneri venditori hereditatis.* Or, comme nous l'avons observé, notre communauté dans laquelle entrent les biens & les droits de la succession de mon débiteur qui m'est échue, doit être considérée comme un cessionnaire de droits successifs ; elle doit donc aux termes de cette Loi, me faire raison de ce qui m'étoit dû par le défunt.

La raison de la Loi est, que le cessionnaire de droits successifs ayant tout l'émolument de la succession, en doit aussi supporter toutes les charges ; c'est

pourquoi il doit rembourser à l'héritier son cédant, tout ce que l'héritier a payé pour acquitter les dettes de la succession, non-seulement par des paiemens réels, mais par la confusion qui s'est faite des dettes de la succession qui étoient dues à l'héritier ; laquelle confusion est une espece de paiement.

263. Que doit-on décider sur la question inverse ? J'étois, lorsque je me suis marié, débiteur envers un de mes parens d'une certaine somme pour le prix d'un héritage qu'il m'avoit vendu peu avant mon mariage, & qui étoit par conséquent propre de communauté ; cette dette ayant été contractée pour raison d'un propre de communauté, j'en suis seul tenu, elle n'est pas dette de communauté, *suprà*, *n.* 239 ; depuis je suis devenu, durant ma communauté, héritier unique du créancier ; cette créance que le défunt avoit contre moi étant une créance mobiliaire, sera-t-elle censée être entrée dans notre communauté de même que tout le reste du mobilier de cette succession qui m'est échue, & en serai-je débiteur envers notre communauté ? La raison de douter est, que s'étant fait confusion & extinction de cette créance que le défunt avoit contre

moi dès le premier instant que je suis devenu son héritier; cette créance, qui étoit éteinte & qui n'existoit plus, n'a pu entrer dans notre communauté; la raison de décider au contraire est, que la communauté d'un conjoint à qui il échéoit une succession, doit être considérée comme un cessionnaire des droits successifs mobiliers de ce conjoint; or, la Loi 37, ff. *de pécul.* décide que l'héritier qui a cédé ses droits successifs, doit faire raison à son cessionnaire de ce qu'il devoit au défunt; parce que par cette succession, il lui cede tout ce qui lui est parvenu, ou qui doit lui parvenir de cette succession, & par conséquent l'émolument qu'il a perçu, en devenant héritier, de l'extinction de la dette dont il étoit débiteur envers le défunt. Je dois donc, suivant cette Loi, faire raison à notre communauté qui est cessionnaire de mes droits successifs mobiliers dans la succession qui m'est échue, de la créance mobiliaire que le défunt avoit contre moi; cette créance dont j'ai été libéré, en devenant son héritier, faisant partie des droits successifs mobiliers dont notre communauté est cessionnaire.

ARTICLE II.

Des autres charges de la Communauté légale.

270. Les autres charges de la communauté, sont les alimens qu'elle doit fournir aux conjoints; l'éducation des enfans communs.

A l'égard des alimens & des frais de l'éducation des enfans que chacun des conjoints a d'un précédent mariage; si lesdits enfans ont un revenu suffisant pour y subvenir, la communauté n'en doit pas être chargée, ils doivent être pris sur le revenu desdits enfans; mais si lesdits enfans n'avoient pas de revenu pour y subvenir; les alimens & l'éducation, sont en ce cas une dette naturelle de leur pere ou mere, dont la communauté dans laquelle entrent les dettes de chacun des conjoints doit être chargée.

271. La communauté ayant pendant tout le temps qu'elle dure la jouissance des propres de chacun des conjoints; c'est une conséquence qu'elle soit chargée de l'entretien de leurs héritages propres; cet entretien comprend toutes les

dépenses qu'il faut faire pour la jouissance de ces héritages, & pour les tenir en bon état selon leur différente nature.

Par exemple, l'entretien d'un héritage en nature de vignes, comprend les dépenses qu'il faut faire pour les cultiver, pour les fumer, pour les garnir suffisamment d'échalats, pour les provigner, pour les renouveller, en arrachant celles qui sont trop vieilles, pour en planter d'autres à leur place.

Les dépenses qui sont à faire pour l'empaillement d'une métairie, pour marner les terres, pour peupler un colombier ou une garenne, pour empoissonner un étang, pour entourer les héritages de fossés ou de haies, où il en est de besoin; sont aussi des choses qui concernent l'entretien dont la communauté est chargée.

Il en est de même des réparations qui sont à faire aux bâtiments sur les héritages propres de chacun des conjoints.

272. Il faut néanmoins en excepter celles qu'on appelle *grosses réparations*, qui sont plutôt reconstructions que réparations. Ces grosses réparations ne sont pas réparations d'entretien, & la communauté n'en est pas par conséquent chargée; la Coutume de Paris, *art.* 262.

nous donne une regle pour discerner qu'elles sont les réparations d'entretien qui sont à la charge de ceux qui ont la jouissance de l'héritage, & quelles sont celles qu'on appelle *grosses réparations*, qui sont à la charge du propriétaire : elle dit, que celles d'entretien, sont toutes les réparations, hors *les quatre gros murs, poutres, entieres couvertures & voûtes.*

Les quatre gros murs, sont les deux pans & les deux pignons qui ferment un bâtiment; si quelqu'un de ces quatre gros murs est à refaire à neuf, sur l'héritage de l'un des conjoints, c'est une grosse réparation, dont la communauté n'est pas chargée, & à qui par conséquent il est dû récompense par le conjoint propriétaire de l'héritage, lorsqu'elle a fourni les deniers pour la faire, comme nous le verrons *infrà.* Il en est de même, s'il a fallu substituer une poutre neuve à la place d'une qui étoit pourrie, ou reconstruire une voûte, ou refaire en entier une couverture, dont la charpente ne valoit plus rien.

Quoique la communauté ne soit pas ordinairement chargée de ces grosses réparations, néanmoins si elles étoient à faire sur un héritage propre de la femme, & qu'elles fussent provenues du défaut

d'entretien de cet héritage, pendant le temps qu'a duré la communauté; le mari qui, comme chef de la communauté, étoit chargé de cet entretien, auroit en ce cas chargé sa communauté de ces grosses réparations auxquelles il auroit donné lieu par sa faute.

273. Les impenses qui se font sur un héritage, non pour la simple jouissance de cet héritage, mais pour convertir la forme de cet héritage en une autre forme plus avantageuse, ne sont point des impenses de simple entretien; telles sont celles qui se font pour défricher une terre inculte; pour planter en vignes ou en bois une terre nue, pour en faire un pré ou un étang, ou pour construire dessus un bâtiment: si donc il a été fait durant la communauté de ces sortes d'impenses, sur l'héritage propre de l'un des conjoints; il est dû récompense à la communauté qui a fourni les deniers pour les faire.

274. On doit aussi comprendre parmi les charges de la communauté, les frais de l'inventaire qu'on doit faire après la dissolution, des effets dont elle est composée, & des titres qui en dépendent; les frais de liquidation des reprises que les conjoints ou leurs héritiers ont à exer-

cer sur la communauté, ou des récompenses qu'ils doivent à la communauté ; enfin, les frais de partage des biens de la commuuauté, & tous ceux qu'il faut faire pour y parvenir, tels que sont ceux faits pour l'estimation des biens.

275. Les frais funéraires du conjoint prédécédé, ne sont point charges de la communauté ; sa succession en est tenue en entier. Plusieurs Coutumes, comme Meaux, *ch.* 9. *art.* 51. & autres, en ont des dispositions qui doivent être suivies dans celles qui ne s'en sont pas expliquées. La raison est, que ces frais ne se font qu'après la mort, auquel temps il n'y a déja plus de communauté, puisqu'elle a été dissoute par la mort du conjoint.

La somme qu'on adjuge à la veuve, pour son habit de deuil, fait partie de ces frais funéraires, & doit par conséquent lui être payée en entier sur la succession du mari, & non sur la communauté.

266. Il est évident que les legs faits par le prédécédé, ne sont pas dûs par la communauté, & que la succession en est seule chargée pour le total ; cela a lieu même à l'égard de ceux faits par le mari : car le pouvoir qu'avoit le mari de disposer à son gré des biens de la communauté,

eſt un pouvoir qu'il n'a que pendant ſa vie, & pendant que dure la communauté; il ne peut donc en diſpoſer que par des actes entre-vifs qui ont leur effet pendant ſa vie, & pendant que dure la communauté; mais il ne peut en diſpoſer par des diſpoſitions teſtamentaires qui ne peuvent avoir d'effet qu'après ſa mort, & par conſéquent après la diſſolution de la communauté.

277. Néanmoins, ſi le legs étoit cauſé pour reſtitution de quelque tort que le mari auroit fait au légataire, & que la cauſe fût juſtifiée; ce legs étant en ce cas dette de la communauté plutôt qu'un legs, la communauté en feroit chargée; mais ſi la cauſe, quoique exprimée par le teſtament, n'eſt pas juſtifiée, la communauté n'en doit pas être tenue; autrement il feroit au pouvoir du mari de ſe proroger le droit de diſpoſer après ſa mort des biens de la communauté, en prétextant d'une fauſſe cauſe de reſtitution les diſpoſitions qu'il en feroit.

Les héritiers du mari qui prétendent que le legs doit être acquitté ſur les biens de la communauté, n'ont en ce cas, faute de preuve de la cauſe du legs, que la voie de déférer à la veuve le ferment ſi elle n'en a pas connoiſſance.

CHAPITRE III.

De la Communauté conventionnelle, & des différentes Conventions qui interviennent par rapport à la Communauté.

SECTION PREMIERE.

De la Communauté Conventionnelle.

278. La communauté conventionnelle, est celle qui est formée par la convention expresse des parties portée par leur contrat de mariage.

La convention de communauté dans les contrats de mariage se fait ordinairement *purè* : Rien n'empêche néanmoins que les parties ne puissent y apposer un terme ou une condition. Par exemple, on peut convenir qu'il y aura communauté entre les conjoints, qui ne commencera qu'au bout d'un an de mariage.

Pareillement, on peut convenir *qu'il y aura communauté entre les conjoints, s'ils ont des enfans de leur mariage.* On a élevé la question, si cette condition étoit accomplie par la naissance d'un seul en-

ſant, & quoiqu'il fût depuis mort durant le mariage ? on a jugé pour l'affirmative par Arrêt du 22 Mai 1759, rapporté par Déniſart ; la déciſion de cet Arrêt eſt conforme à celle de la Loi 4, cod. *quando dies leg. ced.* ; où il eſt dit, *quum uxori uſusfructus fundi legatur, & ejus proprietas, quum liberos habuerit ; nato filio, ſtatim proprietatis legati dies cedit ; nec quidquam obeſt, ſi is decedat.*

279. Lorſque les parties par leur contrat de mariage, ont ſimplement dit qu'il y auroit entr'elles communauté de biens, ſans s'expliquer davantage ; cette communauté conventionnelle n'eſt pas différente en ce cas de la communauté légale, & elle eſt compoſée tant en actif que paſſif des mêmes choſes dont la coutume du lieu du domicile, que le mari avoit lorſqu'il s'eſt marié, compoſe la communauté.

280. La communauté conventionnelle ne commençant, auſſi bien que la communauté légale, qu'au jour de la célébration du mariage, comme nous l'avons établi *ſuprà, n.* 23 ; c'eſt une conſéquence que c'eſt à ce temps qu'on doit avoir égard ſi les choſes qui appartiennent à chacun des conjoints ſont de nature à y entrer. C'eſt pourquoi, ſi un

homme de Cambrai, dont la Coutume répute meubles les rentes conſtituées à prix d'argent, vient prendre femme à Paris, en conſervant ſon domicile à Cambrai, où il compte retourner avec ſa femme, après la célébration du mariage, & que par le contrat de mariage il y ait une communauté ſtipulée ſans autre explication; les rentes qui appartiennent à ſa femme, leſquelles étoient immeubles tant qu'elle a eu ſon domicile à Paris, deviennent meubles à l'inſtant de la célébration du mariage; parce qu'elle perd ſon domicile de Paris, & qu'elle acquiert le domicile de ſon mari qui eſt à Cambrai; elles doivent donc entrer dans la communauté.

On doit ſuivre la même déciſion dans le cas inverſe; lorſqu'un Pariſien va prendre femme à Cambrai, dans le deſſein de retourner à Paris, la femme acquérant dès l'inſtant de la célébration du mariage le domicile de ſon mari qui eſt à Paris, les rentes qui lui appartiennent deviennent immeubles, & ne tombent pas en communauté.

281. Il ne doit pas néanmoins être permis à l'un des conjoints de changer de nature en fraude de l'autre conjoint, les biens qu'il avoit lors du contrat de

mariage, qui étoient de nature à entrer dans cette communauté, en aliénant les biens meubles & en acquérant des immeubles à la place; car les parties lors du contrat de mariage, en ne s'expliquant pas sur les choses qui composeroient leur communauté, sont censées être tacitement convenues qu'elle sera composée des choses que chacune d'elles avoit alors, qui étoient de nature à y entrer. C'est pourquoi les immeubles dans lesquels l'un des conjoints a dans le temps intermédiaire converti ses biens mobiliers, quoiqu'acquis par lui avant la communauté, doivent y entrer, comme tenant lieu de biens mobiliers qu'il avoit lors du contrat de mariage, qui devoient y entrer, & sur lesquels l'autre conjoint avoit droit de compter.

Il n'en est pas de même d'un héritage qui auroit été donné à l'un des conjoints, dans le temps intermédiaire, la donation ayant été faite avant la communauté commencée, l'héritage n'entrera pas en communauté; il n'est fait en ce cas aucune fraude à l'autre conjoint, qui n'a pas dû compter sur cet héritage.

Si l'un des conjoints avoit pendant le temps intermédiaire, converti en mobilier les immeubles qu'il avoit lors de son con-

trat de mariage, dans le dessein de faire entrer ce mobilier dans la communauté, & d'avantager par ce moyen l'autre conjoint; ce mobilier en doit être exclus; sans cela ce seroit un avantage qu'il feroit à l'autre conjoint dans un temps prohibé.

Il est bien permis à des futurs conjoints de se faire, avant le mariage, tous les avantages qu'ils jugent à propos de se faire; mais il ne leur est pas permis de s'en faire secretement dans le temps intermédiaire du contrat de mariage; l'affectation qu'ils ont eu de les dissimuler, lors de leur contrat de mariage, fait présumer qu'ils sont dictés par la passion, puisqu'ils ont honte de les faire, c'est la raison pour laquelle les Coutumes déclarent nulles toutes contre-lettres aux contrats de mariage.

SECTION II.

Des différentes clauses qui peuvent intervenir dans les contrats de Mariage par rapport à la communauté.

ARTICLE PREMIER.

De la clause par laquelle les futurs conjoints conviennent que leur communauté sera régie par une certaine coutume.

282. La communauté, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, se regle, comme nous l'avons déja vu, par la Coutume du lieu, du domicile qu'avoit le mari lors du mariage.

Quelquefois par une clause du contrat de mariage, elles conviennent que leur communauté sera reglée par une telle Coutume, qui n'est pas celle du domicile du mari.

Si la Coutume, par laquelle les parties ont déclaré qu'elles vouloient que leur communauté fût régie, n'a pas de dispositions différentes de celle du lieu du domicile du mari, la clause est superflue; mais si elle en a de différentes, la clause a effet: car en conséquence de cette clause, ce n'est pas la Coutume du lieu

du domicile du mari, c'eſt celle par laquelle les parties ont déclaré vouloir que leur communauté fût régie, qui doit régler tout ce qui concerne cette communauté.

283. Suivant ce principe, ſi par le contrat de mariage d'un Orléanois, il eſt dit que la communauté ſera régie par la Coutume de Blois, les fruits, qui lors de la diſſolution de communauté ſe trouveront pendants ſur les terres des héritages propres de chacun des conjoints, quoiqu'ils ne ſoient recueillis que depuis la diſſolution de la communauté, appartiendront, conformément à la Coutume de Blois, à la communauté, pourvu que les terres aient été labourées & enſemencées durant la communauté; au lieu que la Coutume d'Orléans les donne au conjoint, à qui appartient l'héritage, ou à ſes héritiers, en rembourſant à la communauté les labours & ſemences, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *chap.* 2, *art.* 3.

284. Lorſqu'un homme conſervant ſon domicile ſous la Coutume de Cambrai, qui répute meubles les rentes conſtituées à prix d'argent, vient prendre femme à Paris, la clauſe portée par le contrat de mariage que la communauté

ſera régie par la Coutume de Paris, exclut-elle de la communauté les rentes conſtituées qui appartiennent à chacun des conjoints? Pour la négative, on dit que la Coutume de Paris n'a aucune diſpoſition formelle & directe qui exclue de la communauté les rentes conſtituées; celle par laquelle elle les répute immeubles, ne comprend que les rentes qui appartiennent à des perſonnes que leur domicile rend ſujettes à ſes loix; ce Cambreſien, auſſi-bien que ſa femme, qui dès l'inſtant de la célébration du mariage, a perdu ſon domicile de Paris, & acquis celui de ſon mari, étant régis l'un & l'autre par la Coutume de Cambrai, les rentes qui appartiennent à l'un & à l'autre ſont meubles, par conſéquent elles doivent entrer en communauté; car la Coutume de Paris, par laquelle ces conjoints ont voulu qu'elle fût régie, dit expreſſément qu'homme & femme ſont communs en *tous biens meubles*.

On dit, au contraire, pour l'affirmative que l'intention de la famille de la femme, en ſtipulant que la communauté ſeroit régie par la Coutume de Paris, a été qu'il n'entrât dans la communauté, que ce qui y entreroit, ſi le mariage étoit contracté avec un Pariſien, & que

les choſes que la Coutume de Paris répute immeubles, qu'elle exclut en conſéquence de la communauté conjugale, telles que ſont les rentes conſtituées, fuſſent pareillement, par rapport à la communauté, réputées telles à l'effet de n'y pas entrer; qu'on doit d'autant plus croire que c'eſt ce qu'elles ont voulu par cette convention, qu'autrement elle ſeroit ſuperflue: la Coutume de Paris, n'ayant pas d'ailleurs ſur la matiere de la communauté, des diſpoſitions différentes de celle de Cambrai: que ſuivant la ſeconde regle d'interprétation que nous avons propoſée dans notre Traité des Obligations, *n.* 92, une convention doit être entendue plutôt dans un ſens qui lui donne quelque effet, que dans un ſens qui la rendroit ſuperflue.

Il y a lieu à la même queſtion dans le cas inverſe, lorſqu'un Pariſien conſervant ſon domicile à Paris, a été prendre femme à Cambrai, & qu'il a été convenu par le contrat de mariage que la communauté ſera régie par la Coutume de Cambrai.

285. Ces conventions, que la communauté ſera régie par une telle Coutume, ou que les conjoints ſeront communs ſuivant une telle Coutume, n'ont

d'effet que ſur ce qui concerne la communauté; telles que ſont les choſes qui y doivent entrer ou non; le préciput que le ſurvivant doit prendre au partage de la communauté, *&c.*

286. Celle par laquelle il eſt dit ſimplement que les parties promettent s'épouſer, ſuivant une telle Coutume, étant conçue en termes indéfinis, eſt plus générale, & elle s'étend à toutes les conventions matrimoniales, *putà*, au douaire dont la Coutume à laquelle les parties ſe ſont ſoumiſes, doit régler la quantité, & s'il doit être propre aux enfans, *&c.*

Mais elle ne donne pas aux parties le droit que la Coutume, ſuivant laquelle elles ont déclaré vouloir ſe marier, accorde aux conjoints par mariage, de diſpoſer l'un envers l'autre durant le mariage, de certains biens, lorſque la loi du lieu où eſt leur domicile le leur défend; car cette convention ne peut pas les ſouſtraire à l'empire de la loi de leur domicile, ni par conſéquent leur permettre ce que cette loi leur défend.

Suivant ce principe, quoique la Coutume de Blois permette aux conjoints par mariage, ayant des enfans, de ſe donner durant leur mariage, par don

mutuel, l'usufruit des meubles & conquêts; des conjoints par mariage domiciliés à Orléans, quoique mariés selon la Coutume de Blois, ne peuvent pas, s'ils ont des enfans, se faire ce don, que la Coutume d'Orléans ne leur permet pas de se faire.

Par la même raison, quoique les parties, par leur contrat de mariage, se soient soumises à une Coutume qui ne défend pas aux femmes de contracter des obligations pour autrui, avec l'autorité de leur mari; si les parties sont domiciliées sous une Coutume qui ne permet pas aux femmes mariées de s'obliger, même avec l'autorité de leur mari, la femme ne le pourra pas.

Viceversâ : quoique les parties se soient soumises à une Coutume qui ne permet pas aux femmes de s'obliger pour autrui avec l'autorité de leur mari; si les parties sont domiciliées sous une Coutume qui le permet, la femme pourra s'obliger, avec l'autorité de son mari; autrement les parties qui contractent avec elles, sous la foi de la loi de leur domicile qui le leur permet, seroient induites en erreur.

ARTICLE II.

De la Convention d'apport à la Communauté.

287. Il eſt très-ordinaire dans les contrats de mariage que chaque conjoint promette apporter à la communauté une certaine ſomme déterminée; c'eſt ce que nous appellons la convention d'apport.

L'effet de cette convention eſt que le conjoint ſe rend par cette convention débiteur envers la communauté de la ſomme qu'il a promis y apporter ; de maniere que ſi lors de la diſſolution de communauté elle n'eſt pas entiérement acquittée, il doit faire raiſon à la communauté de ce qui s'en manque.

Nous verrons par rapport à cette convention, 1°. quelles ſont les choſes que le conjoint peut imputer ſur la ſomme qu'il a promis apporter à la communauté, 2°. comment il doit juſtifier qu'il a fourni cette ſomme, 3°. en quoi cette convention différencie-t-elle la communauté conventionnelle, de la communauté légale.

*

§. I.

Quelles sont les choses qui peuvent être imputées sur la somme que le conjoint a promis d'apporter à la Communauté.

288. Les choses qui s'imputent sur la somme que le conjoint a promis apporter à la communauté, sont tous les effets mobiliers que le conjoint peut justifier avoir eu lors de son mariage; lesquels étant entrés en la communauté, ont été reçus par la communauté en paiement de la somme que le conjoint a promis y apporter, & ont acquitté le conjoint d'autant de cette somme.

La communauté ne commençant qu'au jour de la bénédiction nuptiale, & non dès le temps du contrat de mariage, comme nous l'avons établi *suprà*, *n.* 22 : il suit de-là qu'il n'y a que les choses que le conjoint avoit lors de la bénédiction nuptiale, qui puissent être censées avoir été reçues par la communauté, en paiement de la somme promise par le conjoint pour son apport, & qui puissent en conséquence y être imputées; il n'importe qu'il les eût dès le temps du contrat de mariage, ou qu'il les ait acquises

depuis : au contraire, celles qu'il avoit lors du contrat de mariage, & qu'il a cessé d'avoir dans le temps intermédiaire, de quelque maniere qu'il ait cessé de les avoir, ne peuvent être imputées sur la somme qu'il a promis apporter à la communauté, qui ne peut être censée les avoir reçues, puisque le conjoint ne les avoit plus lorsqu'elle a commencé.

289. Il suit aussi de notre principe, que c'est sur le pied de la valeur qu'avoient au temps de la bénédiction nuptiale les effets mobiliers du conjoint, qu'ils doivent être imputés sur la somme promise pour son apport; car c'est en ce temps que la communauté les a reçues en paiement; & quand on reçoit des choses en paiement, c'est pour le prix qu'elles valent au temps auquel on les reçoit.

290. Les dettes actives qui appartiennent à chacun des conjoints lors du mariage, ne s'imputent sur la somme promise pour l'apport, qu'autant qu'elles ont été payées durant la communauté; car ce n'est que par le paiement, qui en est fait durant la communauté, que la communauté en profite.

Observez une différence à cet égard entre celles du mari & celles de la fem-

me; le mari pour pouvoir imputer ſur la ſomme qu'il a promiſe pour ſon apport, les dettes actives qu'il avoit lors de ſon mariage, eſt tenu de juſtifier qu'elles ont été payées durant la communauté, ſoit par des contre-quittances qu'il auroit tirées des débiteurs, ſoit au moins par un journal non ſuſpect; au contraire, la femme n'eſt pas chargée de prouver que les dettes actives qu'elle juſtifie lui avoir appartenu lors de ſon mariage, lui ont été payées durant la communauté. Si le mari ne juſtifie pas par des diligences faites à temps contre les débiteurs, qu'il n'a pu en tirer paiement, il n'eſt pas recevable à alléguer qu'elles n'ont pas été payées durant la communauté, puiſque c'eſt lui qui en a dû procurer le paiement; c'eſt pourquoi ces dettes doivent être en ce cas réputées avoir été payées durant la communauté, & elles doivent en conſéquence être imputées ſur la ſomme promiſe par la femme pour ſon apport.

291. Tout ce qui fait partie de la dot mobiliaire d'un conjoint, & qui eſt entré dans la communauté, s'impute ſur la ſomme qu'il a promiſe pour ſon apport: c'eſt pourquoi ſi les pere & mere de l'un des conjoints ont promis par le

contrat de mariage, outre la dot qu'ils lui donnoient, de nourrir chez eux pendant un certain nombre d'années, *putà* pendant trois ans, les futurs conjoints & leurs domeſtiques; ces nourritures, qui en exécution de cette clauſe, ont été fournies aux futurs conjoints pendant ledit temps, ſont cenſées faire partie de la dot de ce conjoint, & en conſéquence la communauté qui en a profité, doit imputer la ſomme à laquelle elles doivent être appréciées, ſur celle promiſe pour l'apport de ce conjoint.

292. Les pere & mere d'un conjoint lui donnent quelquefois en dot, les fruits d'un certain héritage pendant un certain nombre d'années, & non l'héritage même; ces fruits compoſent en ce cas le principal de la dot; L. 4, ff. *de pact. Dot.* C'eſt pourquoi ces fruits que la communauté a recueillis, non-ſeulement doivent s'imputer ſur la ſomme promiſe par ce conjoint pour ſon apport; mais s'ils excédoient la ſomme promiſe pour l'apport, l'excédent ſeroit repris comme propre.

C'eſt ce qui a été jugé, il y a quelques années, par une Sentence du Bailliage d'Orléans, qui a été confirmée par Arrêt de la Cour; les pere & mere de

la Dame de Rochefort, lui avoient donné en dot la coupe d'une certaine quantité de bois-taillis, pendant un certain nombre d'années. Le Sieur de Rochefort avoit fait toutes lesdites coupes durant la communauté; sa fille, après la mort de sa mere, demanda la reprise du prix desdites coupes, sous la déduction de la somme promise pour l'apport de sa mere; cette reprise lui fut adjugée, attendu que lesdites coupes composoient le principal de la dot de sa mere.

Si ce sont en ce cas les fruits qui composent le principal de la dot, quels peuvent donc être en ce cas les fruits de la dot de la femme qui peuvent entrer en communauté, & servir à supporter les charges du mariage? La Loi 4, ff. *de pact. Dot.* ci-dessus citée, fournit la réponse à cette demande; les fruits de cette dot sont, suivant cette Loi, les intérêts que peuvent produire les sommes provenues du prix desdites coupes.

293. Il faut décider autrement, lorsque c'est le droit d'usufruit d'un certain héritage qui a été donné en dot à l'un des conjoints; ce ne sont pas en ce cas les fruits de cet héritage qui sont perçus durant la communauté qui composent le principal de la dot; c'est le droit

d'usufruit en lui-même qui est la dot, les fruits de l'héritage sont les fruits de ce droit d'usufruit, lesquels, comme fruits de la dot, appartiennent à la communauté, & ne peuvent par conséquent être imputés sur la somme promise pour l'apport de ce conjoint.

295. N'étant pas ordinaire que des fruits qui doivent être perçus durant la communauté, composent le principal de la dot, ils ne la composent que lorsque les parties s'en sont clairement expliquées; lorsqu'il y a de l'ambiguité dans les termes du contrat de mariage, cette intention ne se présume pas facilement. C'est sur ce fondement que Lebrun décide, *Traité de la Communauté*, que lorsque des pere & mere ont donné en dot, peu avant la récolte, un héritage, en ces termes, *un tel héritage avec les fruits qui sont pendants*; on ne doit pas croire que leur intention a été que les fruits qui étoient pendants au temps du mariage, & qui n'ont été perçus que depuis, dussent faire partie du principal de la dot, & qu'on doit plutôt croire qu'ils n'ont voulu dire autre chose, sinon qu'ils donnoient cet héritage tel qu'il se trouvoit, sans s'en réserver la récolte qui étoit à faire, quoiqu'immi-

nente : ces termes, *avec les fruits qui y sont pendants*, doivent donc être regardés, comme superflus ; la récolte qui en est faite, durant la communauté, doit appartenir à la communauté, & ne peut conséquemment être imputée sur la somme promise pour l'apport.

296. Le conjoint ne doit pas non plus imputer sur la somme qu'il a promise pour son apport, le mobilier qui lui advient durant le mariage par succession, donation, ou autrement ; car c'est sur les biens présents qu'il a lors du mariage, qu'il s'oblige de fournir à la communauté la somme qu'il a promise pour son apport ; il est censé avoir aussi tacitement promis d'y apporter, suivant la Loi des communautés conjugales, les effets mobiliers qui lui adviendroient par la suite durant la communauté, à quelque titre que ce fût, lorsqu'il ne s'est pas expliqué du contraire par le contrat de mariage.

Mais lorsque par le contrat de mariage, il se réserve propre ce qui lui adviendroit par succession, donation, ou legs ; en ce cas, on doit faire, jusqu'à due concurrence, compensation de la somme qu'il a promise apporter à la communauté, & dont il est débiteur envers elle, avec la reprise qu'il a droit d'exercer

ſur la communauté, pour le montant du mobilier qui lui eſt advenu durant la communauté, à titre de ſucceſſion, donation, ou legs.

§. II.

Comment le Conjoint doit-il juſtifier qu'il a fourni à la Communauté la ſomme qu'il a promis y apporter.

297. C'eſt au conjoint qui a promis apporter à la communauté une certaine ſomme, à juſtifier de la quantité de ſon mobilier qui y eſt entré, faute de quoi il demeure debiteur envers elle de la ſomme qu'il a promis y apporter.

Cette quantité de mobilier peut ſe juſtifier, 1°. par le contrat de mariage où elle eſt déclarée ; car on préſume facilement, ſur-tout lorſqu'il ne s'eſt pas écoulé un temps conſidérable entre le contrat de mariage & la célébration, que le conjoint avoit encore lors de la célébration du mariage, la quantité de mobilier déclarée par le contrat de mariage, & qu'elle eſt en conſéquence entrée dans la communauté, tant que le contraire ne paroît pas.

Il y a à cet égard une différence à obſerver entre l'homme & la femme : le

contrat de mariage qui contient la déclaration faite par la femme de la quantité de son mobilier, doit être quittancée par le mari, qui doit reconnoître avoir reçu de sa femme cette quantité de mobilier. A l'égard du mari, entre les mains de qui, comme chef de la communauté, est le mobilier qu'il a promis apporter; comme il ne peut se donner quittance à lui-même; la déclaration de la quantité de son mobilier, qui est portée par le contrat de mariage, suffit seule pour établir qu'il avoit effectivement ce mobilier; la femme & la famille de la femme peuvent s'en informer avant que de signer le contrat. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt du 23 Juillet 1712, rapporté au sixieme Tome du Journal des Audiences.

298. La quantité du mobilier que chacun des conjoints avoit lors du mariage, lorsqu'elle n'a pas été déclarée par le contrat de mariage, peut aussi se justifier par un état fait entre les conjoints, même depuis le mariage, & sous leur signature privée, qui en contienne le détail & la prisée. Aucun des conjoints qui ont signé cet état, n'est recevable à l'attaquer, en alléguant que dans la vue d'avantager l'autre conjoint contre la dé-

ſenſe de la Loi, il a conſidérablement diminué par cet état la quantité de ſon mobilier, ou ſouffert que l'autre conjoint groſsît la quantité du ſien; car on n'eſt pas recevable à alléguer ſa fraude.

Néanmoins s'il alléguoit que par inadvertance & par oubli, il a omis dans cet état certains articles de ſon mobilier, & qu'il fût en état d'en faire facilement la preuve, il pourroit être admis à la faire, & à faire ajouter à l'état les omiſſions qu'il auroit juſtifiées.

299. A l'égard des héritiers du conjoint prédécédé, lorſqu'ils attaquent de fraude l'état que les conjoints ont fait de leur mobilier, en ſoutenant que dans la vue d'avantager le conjoint ſurvivant, le mobilier du prédécédé a été par cet état conſidérablement diminué, ou celui du ſurvivant groſſi; ſi les faits de fraude qu'ils alléguent, ſont bien circonſtanciés & conſidérables, ils peuvent être admis à la preuve de cette fraude.

Envain oppoſeroit-on que l'héritier qui repréſente le défunt, & qui ne peut avoir plus de droit que lui, ne peut pas être reçu à la preuve à laquelle le défunt n'auroit pas été reçu; la réponſe

est que ce principe souffre exception, lorsque la preuve demandée, est la preuve d'une fraude qui a été faite à un héritier en sa qualité d'héritier.

300. 3°. La preuve de la quantité du mobilier, qu'une des parties avoit lors du mariage, peut aussi se faire par des actes non suspects, faits auparavant ou peu après le mariage, quoique l'autre conjoint n'y ait pas été présent.

Par exemple, un partage que le conjoint auparavant ou peu après son mariage a fait du mobilier des successions de ses pere & mere, lequel contient & exprime la quantité du mobilier qui lui est échue par ce partage pour son lot, prouve que ce conjoint avoit effectivement, lors de son mariage, cette quantité de mobilier.

Pareillement, un compte de tutelle rendu à un des conjoints, peu avant ou peu après son mariage, fait foi de ce qui lui étoit dû lors de son mariage.

Lorsqu'il n'y a aucun acte par lequel on puisse justifier la quantité du mobilier que les conjoints, ou l'un des conjoints avoient lors du mariage, on en admet la preuve par la commune renommée; on laisse à la discrétion du

Juge, à fixer ſur les enquêtes faites de la commune renommée, la quantité de ce mobilier.

Le Juge, pour la fixation de ce mobilier, doit être plus indulgent envers la femme ou ſes héritiers, qu'envers le mari; l'empire qu'a le mari ſur la femme, pouvant ſouvent ne lui avoir pas laiſſé le pouvoir de conſtater, pendant le mariage, par quelqu'acte, le mobilier qu'elle avoit lors de ſon mariage.

§. III.

En quoi la Convention d'apport d'une ſomme déterminée, différencie-t-elle la Communauté conventionnelle, de la légale.

301. La premiere différence que cette convention d'apport met entre la communauté légale & la conventionnelle, eſt que la communauté légale acquiert à titre univerſel tout le mobilier de chacun des conjoints. Au contraire, par cette convention d'apport, la communauté conventionnelle acquiert à titre particulier les effets de chacun des conjoints en paiement de la ſomme qu'il a promiſe pour lors, & ſeulement juſqu'à due concurrence de cette ſomme. S'il y

a plus grande quantité de mobilier, cet excédent n'entre pas dans cette communauté conventionnelle, & est de droit un propre de communauté au conjoint, dont il doit avoir la reprise lors de la dissolution de communauté.

Corollaire. De-là naît la décision d'une question, que nous agiterons *infrà*, *art.* 5, où je renvoie.

302. Une seconde différence que la convention d'apport d'une certaine somme, met entre la communauté légale & la conventionnelle, est que chacun des conjoints ne s'oblige apporter en la communauté légale, que les effets mobiliers qu'il a, & autant qu'ils sont à lui ; c'est pourquoi, si la communauté souffre par la suite éviction de quelqu'un des effets mobiliers que ce conjoint possédoit lors du mariage ; ce conjoint n'est tenu de rien pour raison de cette éviction : au contraire, par la convention d'apport d'une certaine somme, le conjoint se rendant débiteur de cette somme envers la communauté conventionnelle, si le prix de tous les effets mobiliers que ce conjoint avoit lors du mariage, & qu'il a fait entrer en communauté en paiement de cette somme, ne monte pas à cette somme, il demeu-

re débiteur de ce qui s'en manque envers la communauté; & si la communauté a souffert éviction de quelques effets mobiliers, que ce conjoint possédoit lors du mariage, & qu'il avoit fait entrer en cette communauté en paiement de la somme promise pour son apport; le prix desdits effets, dont la communauté a souffert éviction, ne pourra être imputé, ni venir en paiement de la somme promise par ce conjoint pour son apport; ce qui est conforme à un principe que nous avons établi en notre Traité des Obligations, *n.* 504, 507; que le paiement fait d'une chose ne libere le débiteur, qu'autant qu'il transfere à celui, à qui il est fait une propriété irrévocable de la chose donnée en paiement, dont il ne soit pas évincé par la suite: *nec enim videntur data quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt*; L. 167, ff. *de Reg. Jur.*; & celle-ci: *quod evincitur, in bonis non est*; L. 190, ff. *dict. tit.*

ARTICLE III.

De la convention d'Ameublissement.

303. La convention d'ameublissement

eſt une convention, par laquelle les parties, ou l'une d'elles ſont entrer dans leur communauté conjugale tous leurs immeubles, ou quelques-uns d'eux.

Cette convention eſt appellée *convention d'ameubliſſement*, & les immeubles des conjoints, qui en conſéquence de cette convention entrent en communauté, ſont appellés *propres ameublis*; parce que cette convention fait entrer dans la communauté ces immeubles, de la même maniere que les meubles y entrent, & qu'elle donne au mari le même pouvoir ſur ces immeubles, qu'il a ſur les meubles.

Cette convention donne à la communauté conventionnelle plus d'étendue, que n'en a la communauté légale, en y faiſant entrer des immeubles qui n'entrent pas dans la communauté légale.

Nous verrons ſur cette convention, 1°. quelles ſont les différentes eſpeces d'ameubliſſement, & quelles ſont les clauſes qui renferment ou non une convention d'ameubliſſement : 2°. ſi les mineurs ſont capables de cette convention : 3°. quels ſont les effets des ameubliſſemens, tant généraux que particuliers de corps déterminés : 4°. quels ſont les effets d'ameubliſſemens indéterminés.

§. I.

Quelles sont les différentes especes d'Ameublissement ; & quelles sont les différentes clauses qui renferment ou non, une convention d'Ameublissement.

304. Il y a différentes especes d'ameublissement ; il y a des ameublissemens généraux ; il y en a de particuliers.

C'est un ameublissement général, lorsqu'on apporte à la communauté une universalité de biens immeubles, comme lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, que les futurs conjoints seront communs en tous biens.

C'est une question : si cette communauté de tous biens comprend seulement l'universalité des biens présents des conjoints, ou si elle s'étend à tous ceux qui leur adviendront dans la suite durant la communauté.

Par le Droit Romain, la société de tous biens comprenoit les biens présents & à venir, à quelque titre qu'ils advinssent. La Loi 3, §. 1, ff. *pro soc.* en a une disposition formelle. Il y est dit : *quum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc & hereditas & legatum,*

& quod donatum est aut quaquâ ratione acquisitum communioni acquiretur.

Dans notre Jurisprudence, les conventions d'ameublissement, de même que celles de réalisation, étant de droit étroit, il y a de la difficulté à adopter la décision de cette loi, & à étendre la stipulation d'une communauté de tous biens, aux biens à venir, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées.

C'est encore un ameublissement général, lorsque les parties conviennent que les successions qui leur adviendront durant la communauté, seront communes; puisque cette convention renferme l'universalité des biens de ces successions, tant des immeubles que des meubles.

305. C'est un ameublissement particulier, lorsqu'on promet apporter en communauté, non l'universalité de ses immeubles, mais quelques immeubles particuliers.

Cet ameublissement est ou déterminé ou indéterminé; il est déterminé, lorsque par le contrat de mariage une partie promet apporter en communauté tel & tel immeuble.

Au contraire, lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, que l'un des futurs

conjoints apportera à la communauté ses biens meubles ou immeubles jusqu'à la concurrence de tant ; ou bien, lorsqu'il est dit, que le conjoint apportera en la communauté une certaine somme à prendre d'abord sur ses meubles, & pour ce qui s'en manqueroit sur ses immeubles, *lesquels jusqu'à concurrence sortiront nature de conquêts* ; ces clauses contiennent un ameublissement indéterminé.

Observez que dans la derniere de ces clauses, ce sont ces termes : *lesquels jusqu'à concurrence sortiront nature de conquêts*, qui renferment l'ameublissement, & qui différencient cette clause de la simple convention d'apport d'une certaine somme ; car par ces derniers termes, le futur conjoint ne promet pas simplement apporter à la communauté une certaine somme, & s'en rendre débiteur envers elle ; mais il promet pour ce qui manquera du prix de ses meubles, qui doivent entrer en communauté pour remplir la somme fixée pour son apport, mettre quelques-uns de ses immeubles jusqu'à due concurrence dans cette communauté, lesquels y sortiront nature de conquêts ; il se rend jusqu'à cette concurrence débiteur envers la commu-

nauté, non d'une simple somme d'argent; mais d'immeubles qu'il promet mettre dans la communauté; ce qui forme un ameublissement.

Mais lorsqu'il est dit simplement, que le futur conjoint promet apporter à la communauté la somme de tant, à prendre sur ses biens meubles ou immeubles; cette convention n'est qu'une simple convention d'apport d'une telle somme, & ne renferme aucun ameublissement; ces termes, *à prendre sur ses biens meubles & immeubles*, ne signifient autre chose, sinon qu'il hypotheque tous ses biens à cette obligation; ou bien encore, que s'il est aliéné, durant la communauté, quelqu'un de ses immeubles, le prix qui en sera reçu durant la communauté, viendra en déduction, & en paiement de la somme promise pour son apport.

Il en est de même de la clause, par laquelle il seroit dit dans un contrat de mariage, que le mari pourroit vendre un certain héritage de la femme, dont le prix entrera en communauté. Cette clause ne renferme pas une convention d'ameublissement; car ce n'est pas l'héritage que la femme promet par cette clause apporter en communauté, mais

la somme qu'il vaut & pour laquelle il sera vendu. S'il ne l'a pas été, la femme est débitrice à la communauté, non de l'héritage, mais de la somme qu'on estimera qu'il vaut & qu'il peut être vendu.

§. II.

Si les mineurs sont capables de la convention d'Ameublissement.

306. Pour la négative, on peut dire que la convention d'ameublissement tend à l'aliénation de l'héritage ameubli ; elle rend commun un héritage qui appartenoit en entier à celui des conjoints qui l'a ameubli ; elle tend même à l'aliénation entiere de l'héritage, dans le cas auquel par le partage de la communauté qui doit se faire après la dissolution de la communauté, l'héritage ameubli par l'une des parties écherroit au lot de l'autre partie ; ou dans le cas auquel le mari, durant la communauté, aliéneroit l'héritage ameubli par sa femme : or tous actes qui renferment une aliénation, ou qui tendent à l'aliénation des immeubles des mineurs, leur sont interdits ; l'ameublissement de leurs immeubles leur doit donc être interdit.

Nonobſtant ces raiſons, la Juriſprudence a établi, que lorſqu'un mineur qui contracte mariage, n'avoit pas en biens meubles dequoi faire à la communauté un apport du tiers de ſes biens, il pouvoit avec l'autorité de ſon tuteur ou de ſon curateur, ameublir de ſes immeubles juſqu'à concurrence de ce qui s'en manquoit; la raiſon eſt, qu'étant de l'intérêt public que les mineurs ſe marient, on doit leur permettre toutes les conventions qui ſont ordinaires dans les contrats de mariage; delà cette maxime: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*: or c'eſt une convention des plus ordinaires dans les contrats de mariage, que les parties faſſent de part & d'autre un apport proportionné à leurs facultés pour compoſer leur communauté; on doit donc mettre les mineurs en état de faire cet apport, en leur permettant d'apporter à la communauté une partie de leurs immeubles, lorſqu'ils n'ont pas en biens meubles de quoi faire cet apport.

§. III

Des effets des Ameubliſſements, tant généraux que particuliers de corps certains & déterminés.

307. Dans le cas d'un ameubliſſement général; comme lorſque les parties, en ſe mariant, ont ſtipulé une communauté de tous biens; auſſi-tôt que le mariage eſt célébré, tous les héritages & autres immeubles de chacun des conjoints deviennent effets de communauté.

Pareillement, lorſque par le contrat de mariage, il a été convenu que les ſucceſſions qui écherroient aux conjoints durant le mariage, ſeroient communes; ſi durant le mariage, il échet quelque ſucceſſion à l'un ou à l'autre des conjoints; tous les immeubles qui lui écherront de cette ſucceſſion, auſſi-bien que les meubles, deviendront, dès l'ouverture de cette ſucceſſion, effets de la communauté.

Dans le cas d'un ameubliſſement particulier, lorſqu'il eſt déterminé, l'un des futurs conjoints ayant par le contrat de mariage, promis apporter à la com-

munauté tels & tels immeubles, ces immeubles deviennent pareillement, dès l'inſtant de la célébration du mariage, effets de la communauté.

308. *Corrollaire premier.* Ces immeubles ameublis devenant effets de la communauté, il ſuit delà qu'ils deviennent en même temps aux riſques de la communauté ; & ſi par la ſuite ils périſſent ou ſont détériorés, la perte en tombe, non ſur le conjoint qui les a ameublis, mais ſur la communauté.

Il n'importe qu'ils ſoient péris ou détériorés, ou par force majeure, ou par le fait du mari ; car le mari étant, durant le mariage, maître abſolu de tous les biens qui compoſent la communauté, il peut les perdre ſans en être comptable envers ſa communauté, comme nous l'avons déja vu, & comme nous le verrons encore plus amplement *infrà p.* 2.

309. *Corrollaire ſecond.* Le mari peut diſpoſer par vente, donation, ou à quelqu'autre titre que ce ſoit, des héritages ameublis par ſa femme, de même que de tous les autres effets de ſa communauté, ſans avoir pour cela beſoin de ſon conſentement.

310. *Corrollaire troiſieme.* Les héritages & autres immeubles qui ont été ameu-

blis par chacun des conjoints, doivent; après la dissolution de communauté, être compris dans la masse du partage qui est à faire des biens de la communauté. Néanmoins celui des conjoints, qui a ameubli l'héritage, peut le retenir, en le précomptant sur sa part, pour le prix qu'il vaut au temps du partage, & pour lequel il a été couché dans la masse, & en laissant l'autre partie prélever sur la masse, d'autres effets pour pareille valeur.

Les héritiers du conjoint qui a fait l'ameublissement, ont le même droit. "

Lorsqu'un enfant a recueilli successivement les successions de ses pere & mere, sans qu'il ait éte fait aucun partage entre lui & le survivant; cet enfant est censé avoir recueilli en entier l'héritage ameubli, dans la succession de celui qui en a fait l'ameublissement: c'est pourquoi, dans la succession de cet enfant, l'héritage ameubli sera réputé pour le total propre du côté de celui qui a fait l'ameublissement, de même que s'il n'avoit point été ameubli; c'est ce qui a été jugé par un Arrêt du 10 Avril 1668, rapporté par les Auteurs.

311. Lorsque la communauté a souffert éviction d'un héritage ameubli par

l'un des conjoints, pour quelque cause qui existoit au temps qu'en a été fait l'ameublissement ; le conjoint qui l'a ameubli, est-il tenu de l'éviction envers la communauté ?

Il n'y a pas lieu à cette question à l'égard des ameublissements généraux ; car par ces ameublissements généraux, les parties n'entendent apporter à la communauté, d'autres héritages & immeubles, que ceux qui leur appartiennent, & seulement autant qu'ils leur appartiennent.

La question ne tombe que sur les ameublissements particuliers. On peut à cet égard proposer deux cas ; le premier cas est, lorsqu'il est dit par le contrat de mariage, que le futur conjoint apportera à la communauté une certaine somme, en paiement de laquelle il a ameubli un tel héritage ; si par la suite la communauté vient à être évincée de cet héritage, il n'est pas douteux que le conjoint qui l'a ameublie, demeure débiteur envers la communauté, de la somme qu'il a promise y apporter ; l'héritage qu'il avoit donné en paiement à la communauté qui en a été évincée, n'a pu le libérer de cette somme ; un paiement ne pouvant être valable, ni par consé-

quent libérer le débiteur, s'il ne transfere au créancier, à qui il est fait, une propriété irrévocable de la chose qui lui a été donnée en paiement, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 302.

Le second cas est, lorsque par le contrat de mariage, l'ameublissement n'est précédé d'aucune promesse d'apporter une certaine somme à la communauté; comme lorsqu'il est dit simplement par le contrat de mariage, que le futur conjoint, pour composer la communauté de sa part, y a apporté & ameubli un tel héritage; le conjoint qui l'a apporté, sera-t-il en ce cas tenu de l'éviction de cet héritage? Il y a trois opinions : la premiere est de ceux qui décident indistinctement, que le conjoint qui a fait l'ameublissement, n'est aucunement tenu en ce cas, de l'éviction que la communauté a soufferte de cet héritage : la seconde est de ceux qui pensent qu'on doit faire une distinction; lorsque l'apport que j'ai fait d'un certain héritage, est un apport égal à celui de l'autre conjoint; la communauté de biens que nous avons contractée, & à laquelle nous avons entendu apporter autant l'un que l'autre, étant un contrat commutatif, je suis garant envers la communauté, de

l'éviction de l'héritage que j'y ai apporté, la garantie des évictions ayant lieu dans tous les contrats commutatifs; c'est pourquoi en cas d'éviction de l'héritage que j'ai ameubli, je suis tenu de conférer, en argent ou autres effets, la valeur de cet héritage: Mais lorsque par le contrat de mariage, par lequel j'ai ameubli un héritage à la communauté, l'autre conjoint n'avoit rien apporté de sa part; ou lorsque, outre l'héritage que j'ai ameubli, j'avois apporté en autres effets à la communauté autant comme lui; l'ameublissement que j'ai fait, étant en ce cas un titre lucratif, je ne suis aucunement tenu de l'éviction que la communauté a soufferte de cet héritage, n'y ayant pas lieu dans les titres lucratifs, à la garantie des évictions.

La troisieme opinion est de ceux qui, en rejettant la distinction que font ceux de la seconde opinion, décident indistinctement, que le conjoint qui a apporté par le contrat de mariage un héritage, est tenu, en cas d'éviction, de faire raison de la valeur à la communauté, parce que le contrat de société est un contrat de commerce, dans lequel par conséquent il y a lieu à la garantie. Quoique par ce contrat l'une des parties

y apporte en choses plus que l'autre, il n'est pas pour cela (hors le cas de l'Edit des secondes noces) censé renfermer une donation faite à la partie qui apporte moins en choses, laquelle est présumée suppléer en industrie, ce qu'elle apporte de moins en choses, *l.* 5, §. 1, *ff. pro soc.* J'avois, dans mon Introduction à la Coutume d'Orléans, embrassé la seconde opinion; on m'a fait revenir à la troisieme.

312. Il nous reste à observer sur l'effet des ameublissements, soit généraux, soit particuliers, qu'ils n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ou leurs héritiers, & pour le cas de la communauté; ce qui est conforme à ce principe du Droit: *animadvertendum ne conventio in aliâ re, aliâve personâ facta, in aliâ re vel personâ noceat*, *L.* 27, *ff. de pact.*

Lors donc que l'un des conjoints a ameubli un certain héritage, cet héritage n'est réputé conquêt que vis-à-vis l'autre conjoint ou ses héritiers, & pour le cas de la communauté: vis-à-vis de tous autres, il conserve la qualité qu'il avoit avant l'ameublissement; c'est pourquoi, lorsque j'ai ameubli un héritage qui m'étoit propre d'une certaine ligne, cet héritage pour la part que j'y ai, & même

pour le total, s'il m'eſt demeuré en total par le partage de la communauté, conſervera dans ma ſucceſſion la qualité de propre de cette ligne, & ce ſeront mes héritiers aux propres de cette ligne, qui y ſuccéderont.

Par la même raiſon, il ſera ſujet aux réſerves Coutumieres, & je ne pourrai en diſpoſer, ſoit par donation entre-vifs, ſoit par teſtament, pour une plus grande part que celle pour laquelle la Loi coutumiere du lieu où il eſt ſitué, permet de diſpoſer des propres.

Par la même raiſon, il ſera ſujet au retrait lignager, lorſqu'il ſera vendu. *Voyez* notre Traité des Retraits, *n.* 130.

§. IV.

Des effets des Ameubliſſements indéterminés.

313. Lorſque l'ameubliſſement eſt indéterminé; comme lorſque l'un des conjoints a apporté en communauté ſes meubles & immeubles juſqu'à la concurrence d'une certaine ſomme; tant que cet ameubliſſement demeure indéterminé, tant que les parties n'ont pas réglé entr'elles, leſquels des immeubles de ce conjoint entreroient dans la commu-

nauté, aucun n'y eſt entré, & la communauté n'a qu'un ſimple droit de créance, & une ſimple action contre le conjoint qui a fait l'ameubliſſement pour l'obliger lors de la diſſolution de la communauté, à comprendre dans la maſſe des biens de la communauté qui ſont à partager, quelques-uns de ſes immeubles juſqu'à concurrence de la ſomme par lui promiſe, deſquels immeubles le choix lui doit être laiſſé ou à ſes héritiers ; & faute par lui ou ſes héritiers de le faire dans un temps qui leur ſera limité par le Juge, ce choix doit être référé à l'autre conjoint ou aux héritiers de l'autre conjoint.

Il ſuit de ce principe, que tant que l'ameubliſſement eſt indéterminé ; ſi durant la communauté quelqu'un des immeubles du conjoint qui a fait cet ameubliſſement, vient à périr par force majeure, la perte en eſt ſupportée en entier par ce conjoint, & non par la communauté : car l'ameubliſſement étant indéterminé, on ne peut pas dire que c'eſt celui qui a péri, qui eſt entré en la communauté ; c'eſt pourquoi le conjoint doit fournir à la communauté dans les immeubles qui lui reſtent, la ſomme entiere qu'il a promiſe pour ſon apport

312. On avoit aussi tiré de notre principe cette conséquence, que tant que l'apport de la femme étoit indéterminé, le mari n'avoit pas droit de vendre aucun des immeubles de la femme, parce qu'on ne pouvoit dire d'aucun, qu'il fût celui qui a été ameubli, & qui est entré dans la communauté; c'est ce que Mornac dit en quelque endroit avoir été jugé par un Arrêt qu'il rapporte; je pense néanmoins que les ameublissements se faisant principalement pour qu'il y ait un fonds de biens de communauté, dont le mari puisse en cas de besoin disposer; la clause d'un ameublissement indéterminé, que la femme fait de ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme, renferme tacitement un pouvoir qu'elle donne au mari, tant qu'elle n'a point encore déterminé son apport, d'aliéner ceux des immeubles qu'il jugera à propos jusqu'à concurrence de ladite somme; & l'aliénation qu'en fera le mari, déterminera l'apport indéterminé de la femme, à ceux qu'il aura aliénés; mais si avant que le mari eût vendu aucun héritage de sa femme, elle lui avoit fait signifier qu'elle déterminoit son ameublissement à tels & tels héritages, le mari ne pouroit plus disposer que

de ceux auxquels l'ameubliſſement auroit été déterminé.

314. Il nous reſte à obſerver la différence entre un ameubliſſement indéterminé que je fais de mes immeubles juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme, & la ſimple clauſe par laquelle je promets apporter à la communauté une certaine ſomme : celle-ci donne à la communauté un droit de créance contre moi de cette ſomme : lorſque ma femme meurt en laiſſant pour ſon héritier un enfant de notre mariage ; cet enfant en ſa qualité d'héritier de ſa mere, a contre moi pour la part qu'il a en la communauté, c'eſt-à-dire, pour la moitié, un droit de créance de ce qui reſte dû de cette ſomme ; cette créance qu'il a contre moi étant la créance d'une ſomme d'argent, & par conſéquent une créance mobiliaire ; ſi cet enfant vient par la ſuite à mourir ſans poſtérité, je lui ſuccéderai en qualité de ſon héritier au mobilier, à cette créance qu'il avoit contre moi, & il s'en fera extinction & confuſion.

Lorſque j'ai ameubli à la communauté mes immeubles juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme, cet ameubliſſement indéterminé ne donne pareillement con-

tre moi à la communauté qu'un droit de créance; mais (& c'eſt en cela que l'ameubliſſement indéterminé differe de la ſimple convention d'apport d'une certaine ſomme d'argent) cette créance n'eſt pas une créance mobiliaire; car ce n'eſt pas une ſomme d'argent que la communauté a droit d'exiger de moi, elle a droit d'exiger que je mette quelques-uns de mes immeubles, juſqu'à concurrence de la ſomme convenue, dans la maſſe des biens de la communauté; cette créance ayant pour objet des immeubles, eſt une créance immobiliaire: c'eſt pourquoi lorſque ma femme meurt, l'enfant né de notre mariage, qui lui ſuccéde à cette créance pour la part qu'elle avoit en la communauté, c'eſt-à-dire, pour la moitié, ſuccede à une créance immobiliere, laquelle eſt en ſa perſonne un propre maternel, auquel s'il vient à mourir par la ſuite, ſuccéderont à mon excluſion ſes héritiers aux propres maternels; je pourrai ſeulement dans les Coutumes de Paris & d'Orléans, ſuccéder en uſufruit, ſuivant la diſpoſition de ces Coutumes qui déferent au ſurvivant la ſucceſſion en uſufruit des conquêts auxquels leurs enfants ont ſuccédé au prédécédé.

ARTICLE IV.

De la Convention de Réalisation, ou Stipulation de propre.

315. La convention d'ameublissement dont nous avons traité dans l'article précédent, intervient pour donner à la communauté plus d'étendue que n'en a la communauté légale ; la convention de réalisation intervient au contraire pour la restreindre.

La convention de réalisation est une convention usitée dans les contrats de mariage, par laquelle les parties ou l'une d'elles excluent de la communauté conjugale qu'elles se proposent de contracter, leur mobilier, soit pour le total soit pour partie.

La convention de réalisation, lorsqu'elle est simple, ne concerne que le cas de la communauté ; mais par les contrats de mariage, on y ajoute souvent des extensions qui l'étendent à d'autres cas.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de la simple clause de réalisation ; & dans un second, des extensions

qu'on y apporte par les contrats de mariage.

§ I.

De la simple Convention de Réalisation, ou Stipulation de propre.

316. La convention de réalisation est ou expresse ou tacite ; elle est expresse, lorsque les parties ont stipulé par leur contrat de mariage, que *leur mobilier* ou *le surplus de leurs biens seroit propre.*

La clause par laquelle on stipule qu'une somme d'argent sera employée en achat d'héritages, est équivalente à celle par laquelle on stipule qu'elle sera propre ; & elle renferme aussi bien qu'elle, une convention de réalisation.

La Coutume de Paris en a une disposition en l'article 93 : » Somme de deniers » donnée par pere, mere, ayeul, ou » ayeule, ou autre ascendants à leurs en» fants, en contemplation de mariage » pour être employée en achat d'héritage, » encore qu'elle n'ait été employée, est » réputée immeuble, à cause de sa des» tination ».

C'est par forme d'exemple que la Coutume de Paris parle d'une somme donnée par pere, mere, ou autre as-

cendant ; il en eſt de même du cas auquel elle auroit été donnée à l'un des futurs conjoints par quelqu'un de ſes collatéraux, ou par un étranger, pour être employée en achat d'héritages ; & pareillement lorſque l'un des futurs conjoints ſtipule à l'égard d'une ſomme d'argent qui lui appartient, qu'elle ſera employée en achat d'héritages ; dans tous ces cas, la clauſe que la ſomme ſera employée en achat d'héritages, équipolle à la ſtipulation qu'elle ſera propre ; & la ſomme eſt, à cauſe de ſa deſtination, réputée immeuble, & excluſe en conſéquence de la communauté, de même que ſi on l'avoit ſtipulée propre.

317. La convention de réaliſation ſe fait auſſi quelquefois tacitement, lorſque l'un des conjoints ou quelqu'un pour lui, promet apporter à la communauté une certaine ſomme ; la limitation qui eſt faite de ſon apport à cette ſomme, renferme une réaliſation tacite du ſurplus de ſes biens mobiliers. Par exemple, lorſqu'il eſt dit par le contrat, que le pere de l'un des futurs conjoints lui donne pour ſa dot de mariage une ſomme de 30000 liv., de laquelle il en entrera à la communauté une ſomme de dix mille livres ; quoiq'uon n'ait pas ajouté que le ſurplus de cette

somme lui seroit propre, ce surplus est censé tacitement exclus de la communauté, de même que s'il eût été expressément stipulé propre; car dire que de cette somme, il en entrera en communauté dix mille livres, c'est bien dire que le surplus n'y entrera pas : *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Par la même raison, lorsque les parties se sont expliquées sur leur communauté, en ces termes : *Les futurs conjoints seront communs en tous les biens qu'ils acquerront*, on doit sous-entendre une tacite réalisation de tous les biens mobiliers qu'elles ont ; car dire que leur communauté sera composée des biens qu'elles acquerront, c'est dire que ceux qu'elles ont déja, n'y entreront pas, suivant la susdite regle : *Qui dicit de uno, negat de altero.*

Il n'en est pas de même de cette clause : *Les futurs conjoints seront communs en biens meubles & immeubles qu'ils acquerront*; elle ne renferme point de réalisation, & n'exclut point de la communauté les biens meubles que les conjoints ont lors de leur mariage; car étant susceptible de deux sens, l'un qui rapporteroit ces termes, *qu'ils acquerront*, à toute la phrase, tant

aux meubles qu'aux immeubles, l'autre qui ne rapporte ces termes, *qu'ils acquerront*, qu'à ceux-ci *aux immeubles* qui précédent immédiatement, on doit préférer ce second sens comme plus conforme au droit commun des communautés qui y fait entrer le mobilier; la présomption étant que des parties dans leur convention ont suivi le droit commun & le plus usité, lorsque le contraire ne paroît pas.

318. La convention de réalisation peut se faire, non-seulement à l'égard du mobilier que les parties ont lorsqu'elles se marient; mais pareillement à l'egard de celui qui leur advient depuis durant le mariage, soit à titre de succession, soit à quelqu'autre titre, comme de donation ou de legs; c'est ce qu'on a coutume d'exprimer par ces termes: *Tout ce qui adviendra aux futurs conjoints durant le mariage, de succession, donation ou legs, leur sera propre.*

319. Les conventions de réalisation étant de droit étroit, ne s'étendent pas d'une chose à une autre; c'est pourquoi lorsque les futurs conjoints, après avoir apporté chacun une certaine somme à la communauté, ont stipulé que le surplus de leurs biens seroit propre, cette clause

ne comprend que les biens mobiliers qu'ils avoient alors ; elle ne s'étend pas à ceux qui leur adviennent depuis durant le mariage, soit à titre de succession, soit à quelqu'autre titre.

320. Mais si la somme d'argent ou autre chose mobiliaire qui est advenue à l'un des conjoints durant le mariage, lui est advenue en vertu d'un titre qu'il avoit déja lors de son mariage, quoiqu'il n'ait été ouvert & ne lui ait acquis la chose que depuis le mariage, elle sera comprise dans la clause de réalisation des biens mobiliers qu'il avoit lors de son mariage.

Par exemple, si le conjoint qui par son contrat de mariage a stipulé propre le surplus de ses biens, avoit une créance conditionnelle d'une somme de cent pistoles; quoique la condition n'ait été accomplie, & que la somme n'ait été payée que depuis le mariage, cette créance est censée comprise dans la stipulation de propre, & le conjoint a la reprise de la somme payée durant la communauté.

321. Par la même raison, si le conjoint qui a stipulé la réalisation des biens qu'il avoit lors de son mariage, avoit dès-lors parmi ses biens un billet de

loterie, quoique la loterie n'ait été tirée que depuis le mariage, & que le lot échu à son billet ne lui ait été acquis que depuis le mariage; il doit néanmoins être censé compris dans la stipulation de propre, & le conjoint en doit avoir la reprise; car le billet de loterie qu'il avoit lors de son mariage, & qui faisoit partie de ses biens stipulés propres, étoit une espece de créance conditionnelle du lot qui écherroit à ce billet par la roue de fortune, au cas qu'il en échût un.

Néanmoins, si dans l'état des biens de ce conjoint réservés propres, du montant desquels la communauté se rendoit débitrice lors de la dissolution envers ce conjoint, le billet de loterie y étoit compris pour la valeur qu'il avoit avant le tirage de la loterie, la communaute ayant pris en ce cas pour son compte & à ses risques le billet de loterie, le lot échu à ce billet, devroit en ce cas appartenir à la communauté, laquelle ne doit en ce cas que le prix que valoit le billet avant le tirage, & pour lequel il avoit été compris dans l'état des biens réservés propres.

322. De même que la clause de réalisation des biens qu'ont les conjoints lors-

qu'ils se marient, ne s'étend pas à ceux qui leur adviendront par la suite ; pareillement *vice versâ*, la clause par laquelle les futurs conjoints ont réalisé les biens qui leur adviendroient durant le mariage, ne s'étend pas à ceux qu'ils avoient lorsqu'ils se sont mariés.

Par la même raison, la clause que, *ce qui adviendra aux futurs conjoints durant le mariage par succession, leur sera propre*, comprend bien ce qui leur seroit donné ou légué par leurs pere, mere, ou quelqu'autre de leurs ascendants, ces titres étant regardés comme des especes de succession ; mais elle ne comprend pas ce qui leur seroit donné ou légué durant le mariage par d'autres parents, ou par des étrangers.

Vice versâ, s'il étoit dit, que ce qui adviendroit aux futurs conjoints *par donation*, leur seroit propre ; cette clause ne s'étend pas à ce qui leur adviendroit par succession ; mais elle comprend ce qui peut leur advenir à titre de legs ou de substitution, le terme *de donation* étant un terme général qui comprend les donations testamentaires, aussi bien que les donations entre-vifs.

323. On ajoute quelquefois dans ces

clauſes, *ou autrement* : ces termes *ou autrement*, ſont des termes généraux qui comprennent tous les titres lucratifs par leſquels des biens peuvent advenir durant le mariage ; c'eſt pourquoi il n'eſt pas douteux que s'il eſt dit que ce qui adviendra aux futurs conjoints durant le mariage, *par ſucceſſion ou autrement ſera propre*, la clauſe comprend tout ce qui leur ſera donné ou légué ; & *vice verſâ*.

Lorſque les conjoints ont ſtipulé propre ce qui leur adviendroit durant le mariage *par ſucceſſion, don, legs, ou autrement*, ces termes *ou autrement*, comprennent les bonnes fortunes qui pourroient arriver à l'un ou à l'autre des conjoints durant la communauté ; par exemple, ſi l'un des conjoints durant la communauté, a trouvé une épave ou un tréſor, le tiers qui lui appartient, *jure inventionis*, dans l'épave ou dans le tréſor, lui ſera propre, & ſera exclus de la communauté, par ces termes *ou autrement*.

Lorſque l'un des conjoints, durant la communauté, a eu un lot à une loterie, ſi la ſomme payée pour acquérir le billet de loterie a été payée des deniers de la communauté, le lot doit appartenir à la communauté ; le lot eſt une acqui-

ſition que la communauté a faite, il eſt le prix du riſque que la communauté a couru de perdre la ſomme payée pour le billet de loterie; mais ſi le billet de loterie n'a pas été payé des deniers de la communauté, mais des deniers d'un tiers qui les a donnés au conjoint; le lot ſera propre au conjoint, comme une acquiſition de bonne fortune, excluſe de la communauté par cette clauſe.

323. Il y en a qui penſent que par ces termes *ou autrement*; ce qui advenoit à l'un des conjoints par droit de déshérence ou de confiſcation durant la communauté, en étoit exclus : je ne le crois pas; car les choſes qui lui adviennent à ce titre, ſont fruits de ſon droit de juſtice, comme nous l'avons vu, *ſuprà*, *n.* 231 : or, la convention de réaliſation, quelque étendus qu'en ſoient les termes, ne s'étend pas aux fruits des biens propres des conjoints, qui ſe perçoivent ou naiſſent durant la communauté.

324. Enfin par ces termes, *donation legs*, *ou autrement*, on ne doit entendre que les titres lucratifs : par cette raiſon, il a été jugé par un arrêt du 12 Mars 1738, rapporté par Deniſart, qu'un héritage

ritage acquis à rente viagere par l'un des conjoints durant la communauté, appartient à la communauté, nonobstant la clause du contrat de mariage; parce que la rente viagere étant assez forte pour pouvoir être considérée comme le véritable prix de l'héritage, l'acquisition de cet héritage n'est pas faite à titre de donation, quoiqu'on eût donné à l'acte le nom de donation.

325. L'effet de la clause de réalisation est, que les biens mobiliers des conjoints qui sont réalisés par cette clause, sont réputés immeubles & propres conventionnels, à l'effet d'être exclus de la communauté, & d'être conservés au conjoint seul qui les a réalisés.

Il y a néanmoins une grande différence entre les véritables immeubles qui sont propres réels de communauté, & ces propres conventionnels. La communauté a seulement la jouissance des immeubles réels qui sont propres de communauté; mais ils ne se confondent pas avec les biens de la communauté; le conjoint à qui ils appartiennent, continue, durant le mariage, d'en être seul propriétaire comme il l'étoit avant le mariage; & en conséquence, le mari ne peut aliéner les propres réels de communauté de sa

femme, sans son consentement ; au contraire, les biens mobiliers réalisés ou propres conventionnels, se confondent dans la communauté avec les autres biens mobiliers de la communauté, qui est seulement chargée d'en restituer après sa dissolution, la valeur à celui des conjoints qui les a réalisés ; en conséquence, le mari comme chef de la communauté, peut aliéner les meubles que la femme a réalisés. La réalisation de ces meubles & leur exclusion de communauté, ne consiste que dans une créance de reprise de leur valeur, que le conjoint qui les a réalisés, a droit d'exercer après la dissolution de la communauté contre la communauté, dans laquelle ces meubles réalisés se sont confondus ; & c'est à cette créance de reprise que la qualité de propre conventionnel est attachée : le conjoint n'est pas créancier *in specie*, des meubles réalisés ; il ne l'est que de leur valeur ; & s'il s'en trouvoit quelques-uns en nature lors de la dissolution de la communauté, il y auroit seulement un privilege pour la créance de reprise, en les faisant reconnoître.

La raison de cette différence entre les immeubles réels propres de communauté, & les meubles réalisés, est que la com-

munauté doit avoir la jouissance de tous les propres de chacun des conjoints, *ad sustinenda onera matrimonii*; elle peut avoir la jouissance de leurs immeubles propres réels, sans que cette jouissance en consomme le fonds; il n'est donc pas nécessaire, pour qu'elle ait cette jouissance, qu'elle ait le droit d'aliéner le fonds: au contraire, les meubles réalisés étant des choses qui se consomment par l'usage même qu'on en fait, *quæ usu consumuntur*; ou du moins qui s'alterent & deviennent de nulle valeur par un long usage; pour que la communauté en puisse avoir la jouissance, & pour conserver en même temps au conjoint qui les a réalisés, quelque chose qui lui tienne lieu du droit de propriété qu'il a entendu se réserver par la convention de réalisation; il a été nécessaire d'abandonner à la communauté ces meubles réalisés, & de laisser au mari, chef de cette communauté, le droit de les aliéner & d'en disposer, sans quoi la communauté n'en pourroit pas avoir la jouissance, & de donner au conjoint qui les a réalisés pour lui tenir lieu de son droit de propriété, une créance de reprise de la valeur des effets réalisés qu'il aura droit d'exercer contre la communauté lors de sa disso-

lution; ceci est conforme aux principes de Droit sur le quasi-usufruit. *Instit. tit. de usufr.* §. 3, *& tit.* ff. *de usufr. ear. rer. quæ usu consum.*

§. II.

Des Extensions qu'on apporte par les contrats de mariage, à la Convention de Réalisation.

326. La convention de réalisation, lorsqu'elle est simple, n'a d'effet que pour le cas de la communauté; la créance pour la reprise de la somme à laquelle monte la valeur des effets réalisés que l'enfant héritier du prédécédé qui a fait la réalisation, a contre la communauté & contre le conjoint survivant, pour la part qu'a le survivant dans la communauté, n'est regardée comme un propre conventionnel, que pour le cas de la communauté; mais dans la succession de cet enfant, cette créance de reprise qu'a cet enfant, n'est pas regardée autrement que comme une créance mobiliaire, à laquelle le survivant, en sa qualité d'héritier au mobilier de ses enfans, lui succede, & en fait confusion & extinction en y succédant.

La convention de réalisation est sim-

ple, lorſqu'on a dit ſimplement que le mobilier du conjoint *ſeroit propre*, ou bien *qu'il ſeroit propre au futur conjoint.*

327. Pareillement, lorſqu'il a été dit ſimplement qu'une ſomme d'argent donnée à l'un des conjoints, ou qui lui appartient, ſeroit *employée en achat d'héritages*; l'emploi n'ayant pas été fait, la convention de réaliſation de cette ſomme qui réſulte de cette deſtination en achat d'héritages, n'eſt qu'une ſimple clauſe de réaliſation, qui n'a d'effet que pour le cas de la communauté, & qui n'empêche pas que dans la ſucceſſion de l'enfant créancier de la repriſe de cette ſomme, elle ne doive être regardée comme une ſimple créance mobiliaire, à laquelle le ſurvivant, comme héritier au mobilier de ſes enfans, a droit de ſuccéder. Cela a ſouffert néanmoins quelque difficulté à l'égard de la ſomme d'argent apportée en mariage par la femme, avec la clauſe qu'elle ſeroit employée en achat d'héritages, ſi elle eſt morte avant que l'emploi ait été fait, laiſſant pour héritier un enfant, lequel eſt mort enſuite: on a douté ſi dans la ſucceſſion de cet enfant, le mari ſurvivant, pere de cet enfant, pouvoit ſuccéder à la créance de repriſe de cette ſomme? On

disoit en faveur des héritiers aux propres maternels, que si le mari survivant avoit fait l'emploi de la somme en héritages, ces héritages auroient été des propres maternels en la personne de l'enfant héritier de sa mere, auxquels propres il n'auroit pu succéder à cet enfant; que c'étoit de la part du mari, une fraude de n'avoir pas rempli la destination portée par le contrat de mariage, pour se procurer la succession de la reprise de cette somme lors de la mort de ses enfans; qu'il ne doit pas profiter de cette fraude, & que l'emploi en héritages qui devoit être fait de cette somme, doit, vis-à-vis de lui, être réputé fait, suivant cette regle de Droit: *in omnibus causis pro facto accipitur id in quo per aliquem mora fit, quominùs fiat*; L. 39, ff. *de Reg. Jur.* & qu'en conséquence dans la succession de l'enfant, il doit être exclus de succéder à la reprise de cette somme, de même qu'il eût été exclus de succéder aux héritages, si l'emploi eût été fait.

Par ces raisons, quelques anciens arrêts cités par Renusson en son Traité de la Communauté, avoient jugé contre le mari; mais cet Auteur nous apprend que la Jurisprudence a depuis changé, &

que les Arrêts poſtérieurs ont jugé que lorſqu'une femme a apporté en mariage une certaine ſomme pour être employée en achat d'héritages, cette deſtination d'emploi n'impoſoit pas au mari une obligation préciſe de le faire, & qu'en conſéquence, faute de l'avoir fait, il ne devoit pas être exclus de ſuccéder à ſes enfans, à la repriſe de cette ſomme qu'ils ont droit d'exercer comme héritiers de leur mere.

Il en ſeroit autrement, ſi le mari s'étoit obligé formellement envers la famille de ſa femme, à faire l'emploi; l'inexécution de ſon obligation le rend débiteur des dommages & intérêts de cette famille, & il doit, pour leſdits dommages & intérêts, céder à cette famille la ſucceſſion de la repriſe de la ſomme, à la place des héritages auxquels cette famille eût ſuccédé, s'il avoit fait l'emploi.

328. La ſimple convention de réaliſation du mobilier des conjoints, n'a d'effet, comme nous l'avons dit, que pour le cas de la communauté; mais on a introduit dans les contrats de mariage, des additions qu'on fait à la convention de réaliſation, qui l'étendent au cas de la ſucceſſion des enfans.

La premiere eſpece d'addition qu'on fait à la convention de réaliſation, eſt, lorſqu'après qu'il a été dit que le mobilier du futur conjoint lui ſeroit propre; & pareillement, après qu'il a été dit qu'une certaine ſomme d'argent faiſant partie de la dot de l'un des conjoints, ſeroit employée en achat d'héritages qui lui ſeroient propres, on ajoute ces termes: *& aux ſiens.*

L'effet de cette addition, *& aux ſiens*, eſt d'étendre la convention de réaliſation ou ſtipulation de propre, au cas de la ſucceſſion des enfans; de maniere que lorſque l'un des conjoints, *putà*, la femme dont le mobilier a été ſtipulé propre à elle *& aux ſiens*, meurt, laiſſant pour ſes héritiers ſes enfans; ſi quelqu'un deſdits enfans vient à mourir, la créance de la repriſe de la ſomme réaliſée pour la portion à laquelle ils ont ſuccédé à leur mere, eſt, dans leur ſucceſſion, réputée immeuble & propre maternel, auquel les autres enfans ſuccedent, à l'excluſion du mari ſurvivant héritier au mobilier de ſes enfans.

Obſervez que ces ſtipulations étant de droit étroit, le terme *ſiens*, ne comprend que les enfans du conjoint dont le mobilier a été ſtipulé propre à lui *&*

aux siens ; ce n'est qu'en faveur desdits enfans que la créance de reprise de la somme réalisée, est réputée propre de succession : c'est pourquoi, si tous les enfans du conjoint dont le mobilier a été stipulé propre à lui & aux siens, meurent successivement, la créance de la reprise de la somme réalisée qui a été réputée immeuble, & propre dans la succession des enfans, tant qu'il est resté quelqu'enfant pour la recueillir, ne sera plus dans la succession du dernier mourant des enfans, considérée que comme une créance mobiliaire, telle qu'elle l'est dans la vérité, à laquelle succédera le conjoint survivant, en sa qualité d'héritier au mobilier de ses enfans ; car la réalisation n'ayant été faite qu'au profit *des siens*, c'est-à-dire, des enfans, il ne reste plus, lors de la succession du dernier mourant des enfans, aucun de ceux en faveur de qui la réalisation a été faite, & par conséquent son effet doit cesser.

Il en est de même des termes *hoirs*, employés dans les conventions de réalisation ; ces termes ne comprennent que les hoirs ou héritiers de la ligne directe, c'est-à-dire, les enfans ; c'est pour-

quoi lorſque le mobilier de l'un des conjoints a été ſtipulé propre à lui & *à ſes hoirs*, la réaliſation pour le cas de la ſucceſſion, n'eſt cenſée faite qu'en faveur des enfans de ce conjoint, & eſt entiérement ſemblable à la ſtipulation par laquelle ſon mobilier auroit été ſtipulé propre à lui & aux ſiens.

Au reſte, dans ces ſtipulations, ces termes, *ſiens*, *hoirs*, comprennent non-ſeulement les enfans du premier degré, mais auſſi les petits-enfans, & toute la poſtérité du conjoint qui a fait la ſtipulation.

Ils comprennent non-ſeulement les enfans qui naîtront du mariage, mais ceux que le conjoint qui fait la ſtipulation, a de ſes précédens mariages.

329. La ſeconde addition qui ſe fait par les contrats de mariage, aux conventions de réaliſation, eſt celle qui ſe fait par ces termes, *& à ceux de ſon côté & ligne*, lorſqu'il eſt dit par le contrat de mariage, que le mobilier du futur conjoint ſera propre à lui, aux ſiens, *& à ceux de ſon côté & ligne*.

Ces termes, *de ſon côté & ligne*, comprennent tous les parens, même collatéraux du conjoint qui a fait la ſtipula-

tion, & étend à leur profit, la fiction de la réalisation dans la succession du dernier mourant des enfans.

C'est pourquoi, si le mobilier de l'un des conjoints, *putà*, de la femme, a été stipulé propre a elle, aux siens, & à ceux de son côté & ligne, & qu'elle soit morte en laissant pour ses héritiers ses enfans, lesquels sont tous morts aussi successivement; la créance de reprise de la somme réalisée, sera dans la succession du dernier mourant des enfans, réputée immeuble & propre maternel, auquel succéderont les héritiers maternels dudit enfant, à l'exclusion du conjoint survivant, pere & héritier au mobilier dudit enfant.

Il s'est élevé une question sur l'effet de ces deux additions faites à des stipulations de propre, qui a été jugée par un Arrêt du 17 Avril 1703, rendu en forme de Réglement, rapporté par Augear, *Tom. I.*

Dans l'espece sur laquelle a été rendu l'Arrêt, le nommé Conthié, par son contrat de mariage avec Susanne Barré sa troisieme femme, avoit apporté 2000 liv. en communauté, & stipulé propre le surplus de son mobilier à lui, aux siens, & à ceux de son côté & ligne;

il mourut le premier, laissant pour héritiers, huit enfans de ses différens mariages : deux des enfans du troisieme mariage étant morts depuis, leur mere prétendit, en sa qualité de leur héritiere au mobilier, devoir leur succéder aux portions qu'ils avoient dans la reprise de propre, préférablement à leurs freres & sœurs, leurs héritiers aux propres paternels : elle soutenoit que ces stipulations de propres aux siens & à ceux de son côté & ligne, n'étoient valables, à l'effet de faire de la créance de la reprise de la somme réalisée, un propre conventionnel en matiere de succession, que lorsque la dot de l'un des conjoints, à laquelle on apposoit ces stipulations, lui étoit donnée par ses pere & mere; étant permis, en ce cas, aux donateurs, d'apposer à leur donation telle loi que bon leur sembloit; mais que lorsque le conjoint se marioit *de suo*, il ne pouvoit pas changer lui-même la nature de son bien, & faire d'un effet mobilier, un propre de son côté dans la succession de ses enfans : la Cour n'eut aucun égard à cette distinction, & l'arrêt adjugea aux freres, comme héritiers paternels, les parts que les enfans décédés avoient dans la reprise de propre,

comme étant un propre paternel, dont la mere étoit exclufe par la ftipulation.

330. Ces deux efpeces d'additions qu'on fait à la convention de réalifation, donnent à la créance de reprife de la fomme réalifée, la qualité d'immeuble & de propre pour le cas de la fucceffion, à l'effet que le conjoint furvivant n'y puiffe fuccéder en fa qualité d'héritier au mobilier de fes enfants; mais elles ne donnent pas à cette créance la qualité de propre de difpofition; c'eft pourquoi, lorfque ces enfants font en âge de tefter de leur mobilier, cette créance de reprife qu'ont lefdits enfants, eft comprife comme bien meuble dans le legs de leurs meubles & acquêts qu'ils auroient fait au furvivant.

Pour obvier à cela, il y a une troifieme addition qui fe fait quelquefois par les contrats de mariage, à la convention de réalifation; la partie qui ftipule que fon mobilier lui *fera propre & aux fiens*; ou bien, qu'*il lui fera propre, aux fiens & à ceux de fon côté & ligne*, ajoute ces termes; *même quant à la difpofition*; ou bien ceux-ci, *quant à tous effets*.

L'effet de l'addition de ces termes eft d'étendre la convention de réalifation,

même au cas de la diſpoſition; de maniere que les enfants héritiers du conjoint prédécédé, qui a réaliſé ainſi ſon mobilier, ne puiſſent, ſoit par donation entre viſs, ſoit par teſtament, pas plus diſpoſer au profit du ſurvivant de la créance de repriſe de la ſomme réaliſée, qu'ils le pourroient d'un propre réel.

331. Chacun des futurs conjoints peut comprendre dans ces ſtipulations de propre à lui, aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne non-ſeulement le mobilier qu'il a, lorſqu'il ſe marie, mais celui qui lui adviendra; c'eſt ce qu'on a coutume d'exprimer par ces termes : *le ſurplus de ſes biens, enſemble ce qui lui adviendra durant le mariage, par ſucceſſion, don ou legs, lui ſera propre, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne.*

Pourroit-on encore ajouter à cette clauſe, celle-ci : *ſera pareillement propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, tout ce qui après ſa mort adviendra directement aux enfants à naître du mariage, par des ſucceſſions de ſa famille?* Je crois que cette clauſe eſt valable; par cette clauſe, l'autre conjoint renonce au droit de ſuccéder à ſes enfants, aux biens mobiliers qu'ils auroient eu des ſucceſſions des parents de la famille de celui qui a fait

» la stipulation : nous avons vu dans la préface, que la faveur des contrats de mariage, y a fait admettre les renonciations à des successions futures ; si on peut renoncer entiérement à une succession future, on peut y renoncer pareillement, quant à certains biens desdites successions.

332. Sur l'effet de ces additions qu'on fait aux conventions de réalisation, il y a trois principes à observer.

Premier principe. Ces additions sont de droit étroit ; elles doivent en conséquence s'interpréter, selon le sens rigoureux & grammatical des termes dans lesquels elles sont conçues, duquel il n'est pas permis de s'écarter sur des conjectures de l'intention des parties. On peut apporter pour premier exemple de ce principe, le cas auquel un pere, en dotant seul & entiérement *de suo* sa fille, se seroit par le contrat de mariage de sa fille, exprimé en ces termes : « le pere » de la future, en faveur de mariage, a » donné à sa fille la somme de tant en » argent, que le futur époux a confessé » avoir reçu, de laquelle somme il en » entrera tant en la communauté, & le » surplus sera propre à la future, aux » siens *& à ceux de son côté & ligne* ». Quoiqu'il soit très-probable que l'inten-

tion du donateur a été de conserver à sa propre famille, plutôt qu'à celle de sa femme, qui lui est étrangere, ce qu'il a eu soin de réserver propre; néanmoins on ne doit pas sur cette conjecture de sa volonté, s'écarter du sens rigoureux & grammatical des termes; or dans cette clause : *sera propre à la future, aux siens & à ceux de son côté & ligne :* ces termes, & à ceux de son côté & ligne, selon leur sens grammatical, se réferent *à la future*, & non au donateur, & signifient *ceux du côté & ligne* de la future, & non pas seulement, ceux du côté & ligne du donateur; c'est pourquoi la créance de reprise de la femme, ainsi réalisée, ne doit dans la succession des enfants qui y ont succédé à leur mere, être regardée, que comme un propre conventionnel, qui ne remonte pas plus haut qu'à leur mere; & il suffit, pour leur succéder à ce propre, d'être parent desdits enfants du côté de leur mere, sans qu'il soit besoin de l'être aussi du côté de celui qui a fait la donation. C'est ce qui a été jugé par plusieurs Arrêts, & notamment par un Arrêt en forme de réglement, du 16 Mars 1733; rapporté par l'Auteur du Traité des Contrats de Mariage, *tom. 2. p. 421.* Dans

l'eſpece de cet Arrêt, le ſieur Dumoulin & ſa femme, en mariant leur fille à M. de Fieubet, avoient ſtipulé, à l'égard d'une certaine partie de la dot, qu'elle ſeroit propre à la future, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne : Madame de Fieubet étant morte, & ayant laiſſé pour héritier un fils mineur, qui mourut auſſi quelque temps après; dans la ſucceſſion de ce mineur, la créance pour la repriſe de la partie de la dot ſtipulée propre, que le mineur, comme héritier de ſa mere, avoit contre ſon pere, fut diſputée entre la veuve Dumoulin, ayeule du mineur, & les parents collatéraux de la famille de Dumoulin : ceux-ci prétendoient ſuccéder pour moitié à cette repriſe, en ſoutenant que les ſieurs & Dame Dumoulin ayant doté chacun pour moitié; la repriſe de cette dot étoit pour moitié, propre conventionnel de la famille Dumoulin; l'Arrêt jugea que le propre conventionnel ne devoit pas remonter plus haut qu'à la perſonne de Madame de Fieubet, & adjugea en conſéquence à la veuve Dumoulin, cette créance pour le total.

Pour conſerver à la famille du donateur la ſomme réſervée propre par le donateur, il auroit fallu concevoir la

clause autrement, & dire; sera propre à la future, aux siens, & à ceux du côté & ligne du donateur.

On peut apporter pour un second exemple de notre principe, celui de la clause, par laquelle il est dit, que s'il est aliéné durant le mariage quelque propre de l'un des conjoints; la créance, pour le remploi du prix, lui sera *propre, aux siens & à ceux de son côté & ligne :* quoiqu'il y eût quelque sujet de présumer que le conjoint qui a fait la stipulation, a eu intention de conserver le prix de ses propres qui seroient aliénés, aux familles d'où ils procédoient; néanmoins dans l'espece de cette clause : ces termes, *& à ceux de son côté & ligne,* pris dans leur sens propre & grammatical, comprennent dans leur généralité indistinctement tous les parents de ce conjoint qui a fait la stipulation, sans remonter plus haut; la créance, pour le remploi du prix des propres, sera donc un propre conventionnel, qui ne remontera pas plus haut qu'à la personne du conjoint qui a fait la stipulation, & il ne sera pas nécessaire pour y succéder, d'être de la ligne d'où procédoit le propre aliéné: c'est ce qui a été jugé par un Arrêt du 16 Mai 1735;

rapporté par l'Auteur du Traité des Contrats de Mariage. Il auroit fallu pour le conserver à cette ligne, dire expressément, que la créance, pour le remploi du prix, seroit propre *à ceux de la ligne d'où procédoient les propres aliénés;* ou bien, qu'*elle seroit propre, de même nature que les propres qui seroient aliénés.*

333. *Second principe.* Les additions qui se font aux conventions de réalisation, ne s'étendent, ni d'une personne à une autre, ni d'une chose à une autre, ni d'un cas à un autre.

Ce principe est une suite du précédent.

1°. Ces additions ne s'étendent pas d'une personne à une autre; c'est pourquoi lorsqu'un conjoint a stipulé que son mobilier lui seroit propre *& aux siens*, ce qu'il a stipulé pour *les siens*, c'est-à-dire, pour ses enfants, ne doit pas s'étendre à ses collatéraux; & en conséquence la créance de reprise ne doit pas dans la succession du dernier mourant des enfants, être considérée comme un propre conventionnel de la ligne de celui qui a fait la stipulation, comme nous l'avons dit *suprà*, *n.* 328.

334. Lorsqu'un conjoint a stipulé que son mobilier seroit propre à lui & à ceux de son côté & ligne, sans dire *aux siens*,

& ſans ſe ſervir d'aucun autre terme qui déſigne ſes enfants; peut-on, ſuivant le principe que les ſtipulations ne s'étendent pas d'une perſonne à une autre, dire que dans cette eſpece, la créance de repriſe de la ſomme réaliſée ne doit pas être réputée propre conventionnel en faveur des enfants du conjoint qui a fait la ſtipulation? Je penſe que les enfants de celui qui a fait la ſtipulation, ſont dans cette eſpece, compris dans la convention de la réaliſation, quoiqu'ils n'y ſoient pas déſignés par des termes qui leur ſoient particuliers tels que ceux-ci, *& aux ſiens*, qu'on a coutume d'employer; ils ſont avec les collatéraux, compris ſous ces termes, *& à ceux de ſon côté & ligne :* car perſonne n'eſt plus de la ligne de celui qui a fait la ſtipulation, que ſes enfants. Il eſt d'autant plus néceſſaire de regarder les enfants, comme compris dans cette convention de réaliſation, qu'il ne tombe pas ſous le ſens, que le conjoint ait voulu conſerver ſes biens mobiliers à ſes collatéraux, & qu'il n'ait pas voulu pareillement les conſerver à ſes enfants, qui doivent lui être beaucoup plus chers que ſes collatéraux.

Notre déciſion ſouffriroit encore moins

de difficulté, si le conjoint s'étoit servi du terme, *même*, *putà*, s'il étoit dit : *lui sera propre, & MEME à ceux de son côté & ligne.*

335. 2°. Les additions faites à la convention de réalisation, ne s'étendent pas d'une chose à une autre; c'est pourquoi, lorsqu'il est dit par le contrat de mariage à l'égard de l'un des futurs conjoints, que le surplus de ses biens sera propre à lui, aux siens & à ceux de son côté & ligne, & qu'il est dit ensuite, que ce qui lui adviendra par succession, don ou legs, lui sera propre; l'addition qui est faite à la convention de réalisation pour le surplus des biens mobiliers que le conjoint avoit en se mariant, ne s'étend pas à ce qu'il a stipulé pour le mobilier qui lui adviendroit par succession, lequel ne sera qu'un simple propre de communauté.

Par la même raison, cette addition, *aux siens & à ceux de son côté & ligne*, à la stipulation de propre que l'un des conjoints a faite du surplus de ses biens, se borne à faire de la reprise de la valeur du surplus du mobilier qu'il avoit en se mariant, un propre conventionnel dans la succession de ses enfants; mais elle ne s'étend pas au remploi du prix

de ſes immeubles, qui auroient été aliénés durant le mariage; la créance de ce remploi, dans la ſucceſſion des enfants de ce conjoint, ne paſſera que pour une ſimple créance mobiliaire, à laquelle ſuccédera le conjoint ſurvivant, comme héritier au mobilier de ſes enfants : car le conjoint, en ſtipulant propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, le ſurplus de ſes biens, eſt cenſé n'avoir entendu parler que de ceux qu'il avoit en ſe mariant, & non des créances pour le remploi du prix de ſes propres qui ſeroient aliénés durant le mariage, leſquelles étoient des choſes qui n'exiſtoient pas encore, & qui n'ont commencé d'exiſter que durant le mariage, lorſque les propres ont été aliénés.

Il y a néanmoins un cas auquel la ſtipulation que fait l'un des conjoints, que le ſurplus de ſes biens lui ſera propre à lui, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, doit être cenſée comprendre la créance pour le remploi du prix de ſes propres qui ſeront aliénés durant le mariage; c'eſt le cas auquel le ſurplus des biens, que le conjoint a de cette maniere ſtipulé propre, ne conſiſtoit qu'en immeubles.

Par exemple : ſi les pere & mere de la

fille, en la mariant, lui ont donné en mariage 30000 livres, ſavoir; 6000 livres en effets mobiliers, que le futur époux a reconnu avoir reçu, & 24000 liv. en tels & tels immeubles; & qu'il ſoit dit enſuite, que la communauté ſera de la part de la future, compoſée de 10000 livres, à prendre d'abord ſur ſon mobilier, & enſuite ſur ſes immeubles, & que le *ſurplus de ſes biens* ſera propre à elle, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne; dans cette eſpece, le ſurplus des biens que la future ſe réſerve propre & à ceux de ſon côté & ligne, ne conſiſte que dans des immeubles; car tout ſon mobilier eſt *entré* dans ſon apport à la communauté : la future, en ſtipulant que ſes immeubles lui ſeront propres, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, n'a pu conſidérer le cas auquel elle conſerveroit ces immeubles en nature juſqu'à la diſſolution; car la ſtipulation de propre ne peut avoir aucun effet dans ce cas, ces immeubles ne pouvant pas recevoir de la ſtipulation de propre, une qualité de propres qu'ils ont de leur propre nature : il eſt donc néceſſaire, pour donner quelqu'effet à cette ſtipulation, de ſuppoſer que le conjoint, en ſtipulant ſes im-

meubles propres à lui, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, a fait cette ſtipulation pour le cas auquel ils ſeroient aliénés durant le mariage, & que c'eſt la créance pour le remploi du prix pour lequel ils ſeroient vendus, que les parties ont eu en vue dans cette ſtipulation de propre. Cela eſt conforme à cette regle d'interprétation, que les conventions doivent plutôt être entendues dans un ſens ſelon lequel elles ont quelqu'effet, que dans un ſens ſelon lequel elles n'en pourroient avoir aucun. *Traité des Obligations*, *n*. 92.

Hors ce cas, la ſtipulation de propre à ceux de ſon côté & ligne, que le futur conjoint fait du ſurplus de ſes biens, ne s'applique pas à la créance pour le remploi du prix de ſes propres : il faut, pour faire de cette créance un propre conventionnel dans la ſucceſſion des enfants, ou ſtipuler expreſſément que cette créance ſera propre aux ſiens, ou qu'elle ſera propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne; ou appliquer par quelques termes de relation, la ſtipulation de propre, pour la créance du remploi du prix des propres aliénés, à celle que le conjoint a précédemment faite pour le ſurplus de ſes biens; comme lorſqu'après

me lorſqu'après la clauſe, par laquelle il eſt dit, que le ſurplus des biens du conjoint lui ſera propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne; il eſt ajouté de ſuite, que la créance pour le remploi du prix de ſes propres qui ſeroient aliénés durant le mariage, *ſera propre de la même maniere;* ou bien, *ſera pareillement propre;* ces termes, *de la même maniere*, & ce terme, *pareillement*, ſont des termes de relation à la clauſe précédente leſquels, dans la ſucceſſion des enfants du conjoint qui a fait ces ſtipulations, font de la créance pour le remploi du prix des propres aliénés, un propre conventionnel, ſemblable à celui qui réſulte de la clauſe précédente pour la repriſe de la valeur du ſurplus des biens mobiliers que le conjoint avoit lorſqu'il s'eſt marié.

On peut de même appliquer par des termes de relation, la ſtipulation que le conjoint a faite, que le ſurplus de ſes biens ſera propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, à celle qu'il fait pour ce qui lui adviendra par ſucceſſion ou donation, en ajoutant de ſuite: *ce qui adviendra au conjoint par ſucceſſion ou donation, lui ſera propre* DE LA MEME

MANIERE; ou bien, *lui sera PAREILLEMENT propre.*

Néanmoins pour éviter toutes contestations; au lieu de ces termes de relation, il est plus sûr de répéter expressément, soit à l'égard de la créance pour le remploi du prix des propres aliénés, soit à l'égard de ce qui pourroit advenir par succession, que ces créances seront propres aux siens & à ceux de son côté & ligne.

336. 3°. Les additions qu'on fait à la convention de réalisation, ne s'étendent pas d'un cas à un autre; par exemple, comme nous l'avons déja dit *suprà, n.* 330, ce qui est stipulé pour le cas de succession des enfants, ne s'étend pas au cas de la faculté de disposer.

337. *Troisieme principe.* Les conventions de réalisation, & toutes les additions qu'on y fait, ne peuvent avoir aucun effet qu'entre ceux qui étoient parties à la convention, leurs héritiers ou autres successeurs; c'est pourquoi les propres conventionnels qui sont formés par les conventions, ne peuvent être réputés tels, qu'entre les familles contractantes, & non envers des tiers qui n'y ont pas été parties.

Ce principe eſt tiré de cette regle générale du Droit : *animadvertendum ne conventio in aliâ re facta, aut cum aliâ personâ, in aliâ re, aliâve personâ noceat :* L. 27, §. 4, *ff. de pact. Voyez* ce que nous avons dit en notre Traité des Obligations, *n.* 85 *&* 87, & ſuiv.

On peut faire l'application de ce principe à l'eſpece ſuivante : Titius premier du nom, a épouſé Sempronia, laquelle par contrat de mariage, a ſtipulé qu'une certaine ſomme lui ſera propre aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne; elle a laiſſé pour ſon héritier ſon fils Titius ſecond du nom, lequel a épouſé Cornelia, & qui eſt mort enſuite, laiſſant pour ſon héritier, Titius troiſieme du nom, qui eſt mort auſſi : dans la ſucceſſion de ce Titius troiſieme du nom, Cornelia ſa mere, comme ſon héritiere au mobilier, lui ſuccédera à la créance qu'il avoit contre ſon ayeul Titius premier du nom, pour la repriſe de la ſomme ſtipulée propre par Sempronia, ſans que les parents de la famille de Sempronia puiſſent lui oppoſer, que cette ſomme ayant été ſtipulée par Sempronia, propre à elle, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne ; la créance pour la repriſe de cette ſomme, eſt un propre convention-

nel, affecté à la famille de Sempronia; car la convention n'étant intervenue qu'entre Titius & Sempronia, la créance pour la reprise de cette somme, ne peut être réputée un propre conventionnel de la famille de Sempronia, que vis-à-vis Titius avec qui la stipulation a été faite, & ceux qui le représenteroient. Elle ne doit pas, suivant notre principe, être réputée un propre conventionnel vis-à-vis de Cornelia, qui n'a pas été partie à cette convention.

L'Auteur du Traité des Contrats de Mariage, rapporte un Arrêt du 20 Janvier 1738. Dans l'espece de cet Arrêt, le sieur Dumoulin, par son contrat de mariage avec Antoinette de la Collonge, avoit stipulé qu'une somme de 9000 livres, qui faisoit partie de son mobilier, lui seroit propre, aux siens & à ceux de son côté & ligne; Gaspard de Fieubet, par le prédécès de sa mere, avoit recueilli la succession du sieur Dumoulin son aïeul maternel, dans laquelle s'étoit trouvé ce propre conventionnel de 9000 livres; ledit Gaspard de Fieubet étant depuis décédé en minorité, ses héritiers aux propres de la famille de Dumoulin prétendirent avoir droit de lui succéder à cette somme de 9000 livres, stipulée

propre par le contrat de mariage du ſieur Dumoulin, que le mineur de Fieubet avoit recueillie dans la ſucceſſion dudit ſieur Dumoulin : ils ſe fondoient ſur ce que la convention de propre, portée au contrat de mariage du ſieur Dumoulin, avoit fait de cette ſomme de 9000 livres, un propre conventionnel affecté à la famille de Dumoulin : M. de Fieubet, pere du mineur défunt, & ſon héritier au mobilier, leur répondoit fort bien : cette convention de propre a bien pu faire de cette ſomme de 9000 livres, un propre conventionnel vis-à-vis Antoinette de la Collonge, avec qui la convention a été faite ; mais elle n'en a pu faire un vis-à-vis de moi, qui n'ai pas été partie à cette convention : l'Arrêt a débouté les parents de la famille de Dumoulin de leur demande, & a adjugé cette ſomme de 9000 liv. à M. de Fieubet, comme faiſant partie de la ſucceſſion mobiliaire du mineur.

338. Suivant le même principe, lorſqu'uue femme par ſon contrat de mariage avec ſon premier mari, a ſtipulé qu'une certaine ſomme lui ſeroit propre, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, *même quant à la diſpoſition ;* la

créance qu'elle a pour la reprise de cette somme contre les héritiers de son premier mari, doit tomber, comme un effet mobilier, dans la communauté légale avec son second mari. On ne peut pas opposer que la clause ci-dessus rapportée a fait de cette créance un propre conventionnel, même de disposition; car les conventions n'ayant d'effet qu'entre ceux qui y ont été parties, cette clause portée au contrat du premier mariage, n'a pu faire de cette créance *un propre de disposition*, que vis-à-vis le premier mari, à l'effet que les enfants qui auroient succédé à leur mere à cette créance, n'eussent pu en disposer envers leur pere, pour plus que pour un propre réel, mais cette clause ne peut, suivant notre principe, faire réputer cette créance pour un propre conventionnel vis-à-vis le second mari, qui n'a pas été partie dans cette convention; & elle ne peut par conséquent empêcher qu'elle ne tombe dans la communauté légale de cette femme avec son second mari. Lebrun en décidant le contraire en son Traité de la Communauté, *l.* 1, *ch.* 5, §. 1, *d.* 3, *n.* 12, a péché contre les premiers principes de la ma-

tiere des conventions & des propres conventionnels.

339. On a depuis peu agité la queſtion, ſi lorſque l'un des conjoints a, par ſon contrat de mariage, réaliſé ſon mobilier au profit des ſiens & de ceux de ſon côté & ligne; la créance pour la repriſe de ce mobilier, devoit être réputée propre conventionnel, non-ſeulement vis-à-vis la perſonne de l'autre conjoint, mais même vis-à-vis tous ceux de ſa famille; ou s'il ne devoit être réputé tel, que vis-à-vis le conjoint, ou ceux qui viendroient de ſon chef.

Par exemple: lorſqu'une femme a ſtipulé que ſon mobilier ſeroit propre à elle, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne: dans la ſucceſſion de l'enfant qui a ſuccédé à ſa mere à cette créance, il n'eſt pas douteux que vis-à-vis du conjoint ſurvivant pere de cet enfant, cette créance ſera réputée être un propre conventionnel maternel de ſa ſucceſſion, duquel il ſera exclus par les parents maternels de cet enfant. Mais en ſuppoſant que le pere fût prédécédé, & que l'enfant eût renoncé à ſa ſucceſſion; dans la ſucceſſion de l'enfant, la créance qu'il a contre la ſucceſſion

de son pere, pour la reprise du mobilier réalisé de sa mere, sera-t-elle pareillement réputée propre conventionnel maternel, vis-à-vis de l'aïeul paternel de cet enfant, son héritier au mobilier; & cet aïeul devra-t-il en conséquence être exclus de succéder à cette créance par les parents maternels? L'opinion commune, sur cette question, étoit que la créance pour cette reprise, étoit dans la succession des enfants, réputée un propre conventionnel du côté du conjoint qui avoit fait la stipulation, non-seulement vis-à-vis la personne de l'autre conjoint, mais vis-à-vis tous ceux de la famille de l'autre conjoint; & qu'en conséquence dans l'espece proposée, les parents maternels devoient succéder à l'enfant, à la créance pour la reprise des deniers réalisés par sa mere, comme à un propre maternel, à l'exclusion de l'aïeul paternel.

La question a été jugée contre cette opinion commune, par Arrêt du 17 Mai 1762, rendu en forme de Réglement. Dans l'espece de l'Arrêt, M. Bellanger Dessenlis, par son contrat de mariage avec Marie-Marguerite Maillard, avoit stipulé une partie de son mobilier, propre à lui, aux siens, & à ceux de son

côté & ligne. M. Bellanger Deſſenlis étant mort, avoit laiſſé pour héritier M. Bellanger de Beauvoir, ſon fils ; dans la ſucceſſion de M. de Beauvoir ſe trouvérent certains effets qu'il avoit eu de la ſucceſſion de ſon pere, leſquels étoient à la vérité, par leur nature, effets mobiliers, mais qui étoient compris dans la convention de propre portée au contrat de mariage de M. Bellanger pere. La ſucceſſion de ces effets fut diſputée entre les biſaïeuls maternels du défunt, qui étoient ſes héritiers au mobilier, & les parents paternels : ceux-ci ſoutenoient que ces effets, quoique mobiliers par leur nature, avoient été faits propres conventionnels de la famille Bellanger, par la convention de propre, portée au contrat de mariage de M. Bellanger, qui devoient être regardés comme tels, contre tous les parents de la famille maternelle ; parce que les conventions de propres à ceux du côté & ligne de l'un des conjoints, portées par les contrats de mariage, devoient être regardées, non-ſeulement comme des conventions intervenues entre l'homme & la femme qui contractent mariage, mais comme des conventions intervenues entre les familles de l'homme &

de la femme, qui devoient faire une loi pour lesdites familles.

On ajoutoit que cette opinion étoit très-favorable, puisqu'elle tendoit à conserver les biens dans les familles; si on s'en écartoit, les personnes dont toute la fortune consiste dans un mobilier considérable, & qui donnent à leurs enfans, en les mariant, des dots considérables qui ne consistent qu'en argent ou en effets mobiliers, ne pourroient plus avoir de voie assurée pour conserver leur bien à leur famille, que celle des substitutions, qui est une voie dispendieuse, gênante, & sujette à beaucoup d'embarras.

Les héritiers au mobilier du mineur répondoient que les conventions de propre, portées par les contrats de mariage, ne peuvent pas être considérées comme conventions intervenues entre les familles des futurs conjoints; chaque famille ne forme pas un corps, & n'a pas une personne civile capable de contracter; les parents de chacun des futurs des conjoints qui assistent & signent au contrat de mariage, n'assistent & ne signent au contrat que par honneur, & n'y sont pas parties contractantes. La convention portée par un con-

trat de mariage, par laquelle l'un des futurs conjoints ſtipule qu'une partie de ſon mobilier lui ſera propre aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne, eſt donc une convention qui n'intervient qu'entre les futurs conjoints, laquelle par conſéquent ne peut avoir aucun effet qu'entr'eux ; elle ne peut donc faire des effets mobiliers ſtipulés propres, un propre conventionnel de la famille du conjoint qui a fait la ſtipulation dans la ſucceſſion de ſes enfans, que contre l'autre conjoint, à l'effet de l'exclure, lui ou ceux qui ſeroient à ſes droits, de la ſucceſſion de ce propre conventionnel ; mais elle ne peut faire regarder ce mobilier comme un propre conventionnel, contre d'autres perſonnes qui viennent de leur chef à la ſucceſſion de ce mobilier, la convention par laquelle on a réaliſé ce mobilier, ne pouvant être oppoſée à ces perſonnes, ni avoir aucun effet contr'elles, puiſqu'elles n'y ont pas été parties : donc, diſoient les biſaïeul & biſaïeule maternels de M. de Beauvoir, la ſtipulation de propre portée au contrat de mariage de M. Bellanger Deſſenlis, n'a pu faire des effets mobiliers en queſtion, un propre conventionnel, que contre Marie-Marguerite Maillard ſa fem-

me, avec qui la convention a été faite; à l'effet de l'exclure de la succession de ce mobilier, si elle eût survécu son fils, & eût été son héritiere; mais cette stipulation n'a pu, vis-à-vis de nous, qui venons de notre chef à la succession de ce mobilier, en faire un propre conventionnel; une convention, à laquelle nous n'avons pas été parties, ne pouvant avoir aucun effet contre nous: Marguerite Maillard a bien pu renoncer pour elle à succéder à ses enfants, au mobilier compris dans la convention de propre; mais elle n'a pu y renoncer pour nous, qui venons à cette succession de notre chef, & qui ne tenons point d'elle le droit que nous avons d'y succéder. Sur ces raisons, l'Arrêt a débouté les parents paternels de leur demande, & a adjugé aux bisaïeul & bisaïeule maternels de M. de Beauvoir, la succession de tout son mobilier, même de celui compris en la stipulation de propre portée au contrat de mariage de son pere.

340. Il nous reste à voir de quelle maniere s'éteignent les propres conventionnels qui sont formés par les additions qu'on fait à la convention de réalisation. Ils s'éteignent de plusieurs manieres, par la consommation de la fic-

tion, par le paiement, par la confusion, & par le transport qui en est fait à un étranger.

De la Consommation de la Fiction.

341. Le propre conventionnel s'éteint par la consommation de la fiction, c'est-à-dire, lorsqu'elle a eu tout l'effet qu'on s'est proposé par la convention qui l'a formé.

Par exemple: lorsque l'un des conjoints, *putà*, la femme, a stipulé que son mobilier lui seroit propre, aux siens & à ceux de son côté & ligne; la fiction qui fait de la créance, pour la reprise de ce mobilier, un propre conventionnel est consommée, lorsqu'à la mort du dernier resté des enfants, à qui cette créance appartenoit, les parents maternels de cet enfant y ont succédé, comme à un propre maternel; car elle a eu tout l'effet qu'on s'étoit proposé par la convention, qui étoit de conserver ce bien, même aux parents collatéraux de la femme, à l'exclusion de l'autre conjoint. C'est pourquoi cette créance pour la reprise du mobilier réalisé, à laquelle les parents du côté maternel de l'enfant ont succédé, comme à un propre ma-

ternel conventionnel, cessera d'être, dans la personne de ces parents, un propre conventionnel, & ne sera plus qu'une simple créance mobiliaire.

Si cette femme n'avoit stipulé propre qu'à elle & aux siens, sans ajouter, *& à ceux de son côté & ligne*; la fin qu'elle s'est proposée en ce cas, n'étant que de conserver à tous ses enfans le mobilier qu'elle a réalisé, & d'empêcher son mari, pere desdits enfants, de succéder à cette reprise à ceux d'entr'eux qui mourroient les premiers, au préjudice de ceux qui resteroient; il s'ensuit qu'aussitôt que le dernier resté des enfans, y a succédé aux prédécédés, la fiction ayant eu tout son effet, le propre conventionnel est éteint; & que dans la personne de ce dernier resté des enfans, cette créance n'est plus qu'une simple créance mobiliaire, à laquelle, à sa mort, son pere succédera comme son héritier au mobilier.

342. Supposons que la femme qui a stipulé que son mobilier sera propre à elle & aux siens, ait laissé trois enfans qui lui ont succédé chacun pour un tiers à la créance de cette reprise; à la mort du premier décédé desdits enfans, les deux qui restoient lui ont succédé,

à l'exclusion de leur pere, chacun pour moitié, au tiers qu'il avoit dans ladite reprise : à la mort du second, le pere, en convenant que le dernier resté des enfans doit succéder, à son exclusion, au tiers que le défunt tenoit de son chef de la succession de sa mere, est il fondé à prétendre qu'il en doit être autrement de la portion que le défunt a eue de la succession du premier décédé des enfans, parce que la fiction doit être réputée consommée pour ce tiers, & par conséquent, le propre conventionnel doit être réputé éteint pour ce tiers? Cette prétention du pere n'est pas fondée : il est vrai que la fiction a eu une partie de son effet à la mort de l'enfant premier décédé, par rapport au tiers qui lui appartenoit dans le propre conventionnel, en y faisant succéder les deux enfans qui restoient, à l'exclusion du pere; mais elle n'a pas eu tout son effet; elle n'aura tout son effet, & elle ne sera entiérement consommée, que lorsque le dernier resté des enfans y aura succédé; la fin que la femme s'est proposée en réalisant ce mobilier aux siens, étant de le conserver en entier à ses enfans, jusqu'à celui qui restera le dernier, & d'empêcher que le conjoint survivant

n'y succédât, pour quelque portion que ce fut, au préjudice des enfans.

Du Paiement.

343. La créance pour la reprise du montant du mobilier réalisé, à laquelle la convention de réalisation, & les additions qu'on y a faites, ont donné la qualité de propre conventionnel, s'éteint, de même que toutes les créances, par le paiement, *solutione extinguitur obligatio.*

Le propre conventionnel, qui n'est autre chose qu'une qualité de cette créance, est donc éteint par le paiement qui est fait de cette créance; une qualité ne pouvant pas subsister, lorsque son sujet est détruit.

C'est pourquoi, si après la mort du conjoint qui a fait la stipulation de propre, il est intervenu un partage des biens de la communauté, entre les enfans & le conjoint survivant, & que les enfans aient à ce partage, exercé la reprise dont ils étoient créanciers en leur qualité d'héritiers du conjoint prédécédé, & qu'ils en aient été payés, n'y ayant plus de créance de reprise, il n'y a plus de propre conventionnel.

C'est pourquoi, si depuis ce partage

ces enfans meurent en majorité, le conjoint survivant, en sa qualité de leur héritier aux meubles & acquêts, leur y succédera entiérement, sans que les héritiers aux propres de la famille du conjoint prédécédé, qui a fait la stipulation portée au contrat de mariage, puissent prétendre dans les successions desdits enfans, la reprise du mobilier compris en cette stipulation ; la créance de cette reprise, étant une chose qui n'existe plus, & qui a été éteinte par le paiement qui en a été fait auxdits enfans. C'est le sentiment de tous les Auteurs ; & cela a été jugé par deux Arrêts, l'un du 16 Mai 1692 ; l'autre en 1749, rendu au profit de M. de Bomelle, qui sont cités par l'Auteur du Traité des Contrats de Mariage.

344. Il en seroit autrement, si l'enfant qui a été payé de la reprise du mobilier, compris dans la stipulation de propre du conjoint prédécédé, étoit mort en minorité : car suivant l'article 49 de la Coutume de Paris, qui forme sur ce point un droit commun pour les autres Coutumes, ayant été, lors de la réformation de cette Coutume, ajouté & formé sur la Jurisprudence qui étoit établie alors ; lorsqu'une rente propre

appartenante à un mineur lui a été remboursée, si le mineur décéde en minorité, les deniers provenus de ce remboursement, ou le remploi qui en a été fait, représentent dans la succession du mineur cette rente, & les héritiers aux propres qui y succéderoient, si elle étoit en nature, succedent aux deniers qui en sont provenus. Par la même raison, lorsque le mineur qui a été payé de la reprise de propre qui lui étoit dûe, meurt en minorité, les deniers provenus du paiement qui lui en a été fait, appartiennent à son héritier aux propres qui succéderoit au propre conventionnel, s'il étoit encore en nature: car ce que la Coutume de Paris a ordonné, à l'égard des deniers provenus du remboursement d'une rente propre, a été étendu à tous les autres propres, aux conventionnels comme aux autres : *cum tantùmdem operetur fictio in casu ficto, quantùm veritas in casu vero.*

De la Confusion.

345. Lorsque l'enfant créancier d'une reprise, qui est un propre conventionnel du côté du conjoint prédécédé, devient héritier de l'autre conjoint qui en étoit

le débiteur, il se fait confusion & extinction de cette créance de reprise, & par conséquent du propre conventionnel, tant parce que les qualités de créancier & de débiteur, sont des qualités qui se détruisent réciproquement, lorsqu'elles concourent dans la même personne, que parce que la créance est censée payée & acquittée; l'enfant étant censé avoir trouvé, dans la succession de son débiteur, de quoi en être payé: *additio hæreditatis pro solutione est.*

346. Ce principe souffre exception en deux cas. Le premier cas d'exception, est, lorsque c'est par bénéfice d'inventaire, que l'enfant créancier du propre conventionnel, est devenu héritier du conjoint, dernier mort, qui en étoit le débiteur; car l'effet du bénéfice d'inventaire, est d'empêcher la confusion des droits de l'héritier, & de ceux de la succession bénéficiaire; & par conséquent d'empêcher l'extinction des créances de l'héritier, contre la succession bénéficiaire, jusqu'à ce qu'il en soit payé sur les biens de ladite succession, par une liquidation faite avec les créanciers de ladite succession. Voyez notre Introduction au T. 17 de la Coutume d'Orléans, *n.* 52.

347. Le second cas d'exception, est lorsque l'enfant ayant été en minorité, héritier pur & simple du conjoint, dernier décédé, débiteur du propre conventionnel, est mort en minorité; en ce cas, les héritiers qui auroient succédé à ce propre, s'il se fût trouvé en nature dans la succession de l'enfant, succedent à cet enfant, suivant l'art. 94 de la Coutume de Paris, ci-dessus cité, au remploi du prix de ce propre, qu'ils sont censés trouver dans sa succession; les biens de la succession du conjoint qui en a été le débiteur, dont l'enfant a été héritier, lui tenant lieu du remploi du prix de ce propre, jusqu'à dûe concurrence.

348. On ajoutoit un troisieme cas d'exception; sçavoir, lorsqu'en fin de la stipulation portée au contrat de mariage, par laquelle l'un des futurs conjoints stipuloit que le surplus de son mobilier lui seroit propre, aux siens & à ceux de son côté & ligne, il étoit ajouté; *& sera réputé tel dans les successions des enfans qui naitront du mariage, nonobstant toute confusion & concours d'hérédités survenus en leur personne.* Mais depuis que la nouvelle Jurisprudence établie par l'Arrêt de Réglement de 1762,

rapporté *suprà*, *n.* 338, a établi que la créance de reprise de propre qu'a l'enfant héritier du conjoint prédécédé, contre le conjoint survivant, ne peut être, dans la succession de cet enfant, réputée propre conventionnel, que contre la personne du conjoint survivant avec qui la convention de propre a été faite, ou ceux qui seroient à ses droits, & non contre les autres personnes de la famille de ce conjoint, qui viendroient de leur chef à la succession de l'enfant : il ne peut plus avoir lieu dans le Ressort du Parlement de Paris aux questions de sçavoir si l'enfant créancier de la reprise, en recueillant la succession du conjoint survivant qui en étoit le débiteur, a fait confusion de cette créance; & si cette confusion a éteint le propre conventionnel, de maniere que dans la succession de l'enfant, les parents du côté du conjoint qui a fait la stipulation, ne puissent plus le prétendre contre ceux de la famille de l'autre conjoint. Car, suivant cette Jurisprudence, il suffit que le conjoint débiteur de cette reprise, soit mort avant l'enfant, & ne puisse plus, par conséquent venir à sa succession, pour qu'il ne puisse plus y avoir de propre conventionnel dans la succession de l'enfant, n'y ayant que lui à qui, suivant cette Jurisprudence, la convention de

propre puiſſe être oppoſée. Néanmoins, comme il y a d'autres Parlements, dans le Reſſort deſquels cette Juriſprudence peut n'être pas ſuivie; tout ce que nous avons dit ſur la confuſion, ne doit pas être regardé comme inutile.

Du Tranſport.

349. C'eſt un principe commun à tous les propres, de quelqu'eſpece qu'ils ſoient, aux conventionnels, auſſi bien qu'aux réels, que la qualité de propre n'eſt pas une qualité intrinſéque, mais une qualité purement extrinſéque, & relative à la perſonne qui en eſt le propriétaire; c'eſt pourquoi lorſque le propriétaire d'une choſe qui eſt en ſa perſonne un propre, ſoit réel, ſoit conventionnel, aliéne cette choſe, la qualité de propre qu'avoit cette choſe, ſe perd entiérement, & s'évanouit par l'aliénation qu'il en fait.

En conſéquence, lorſque l'enfant à qui appartient une créance de repriſe, qui eſt en ſa perſonne un propre conventionnel, a aliéné cette créance par le tranſport qu'il en a fait à quelqu'un, cette créance, par l'aliénation qui en eſt faite, perd ſa qualité de propre conventionnel; & les héritiers de cet enfant, du côté d'où elle procédoit, ne peuvent rien prétendre à cet égard dans la ſucceſſion de cet enfant, dans laquelle cette créance ne ſe trouve plus.

Ce principe souffre exception, dans le cas auquel l'enfant, qui a fait un transport de sa créance propre conventionnel, meurt en minorité; car en ce cas, les héritiers du côté d'où le propre procédoit, lui succédent, suivant l'article 94 de la Coutume de Paris, aux deniers provenus du prix du transport qui en a été fait, ou au remploi d'iceux.

ARTICLE V.

De la Convention de séparation de dettes; & de la clause de franc & quitte.

350. Quoique la clause par laquelle dans un contrat de mariage, les pere & mere, en mariant leur fils, le déclarent franc & quitte de dettes, soit une convention qui n'appartient pas proprement à la matiere de la communauté, & qui est très-différente de la convention de séparation de dettes; néanmoins comme quelques personnes les confondent quelquefois, nous avons cru qu'il étoit à propos, qu'après avoir traité dans un premier paragraphe, de la convention de séparation de dettes, nous traitassions aussi dans un second, de la clause de franc & quitte; afin de faire mieux connoître le rapport qu'ont entr'elles ces deux clauses, & leurs différences.

§. I.

De la Convention de séparation de dettes.

351. La convention de séparation de dettes, est une convention par laquelle les parties conviennent par leur contrat de mariage, que leur communauté ne sera point chargée des dettes que chacune d'elles a contractées avant le mariage.

Cette convention se fait ordinairement en ces termes : *Chacun des futurs conjoints acquittera séparément ses dettes faites auparavant le mariage* : elle peut se faire par quelqu'autres termes que ce soit.

352. C'est une question, si lorsque les conjoints ont, par leur contrat de mariage, apporté chacun une somme certaine, ou quelque corps certain, pour en composer leur communauté; leurs dettes antérieures au mariage doivent être, par cela seul, censées excluses de la communauté, sans qu'il soit besoin d'une cenvention expresse de séparation de dettes. C'est l'avis de la Thaumassieres, dans ses questions sur

la

la Coutume du Berri; je le crois conforme aux principes : Si les Coutumes chargent la communauté des dettes mobiliaires de chacun des conjoints antérieures au mariage, c'est qu'elles y font entrer l'universalité de leurs biens mobiliers, dont, suivant les principes de l'ancien Droit François, les dettes mobiliaires sont une charge; mais lorsque les conjoints ont composé autrement leur communauté conventionnelle, & qu'au lieu d'y apporter l'universalité de leurs biens mobiliers, ils n'y ont apporté chacun qu'une somme certaine, ou des corps certains pour la composer; on doit par une raison contraire décider, que cette communauté ne doit pas être chargée de leurs dettes antérieures au mariage; car les dettes ne sont charges que d'une universalité de biens, & non de choses certaines, ou de sommes certaines : *æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum onus est. Doctores ad* L. 50, §. 1, ff. *de judic.*

Cela doit sur-tout avoir lieu, lorsque les futurs conjoints ont fait chacun un apport égal; comme lorsqu'il est dit, que pour composer la communauté, les futurs conjoints y apporteront chacun une somme de dix mille livres;

cette somme de dix mille livres que chacun promet apporter, doit être entendue d'une somme de dix mille livres effective, *de net, & toutes dettes payées*; car la communauté conventionnelle à laquelle chacun des conjoints apporte une somme égale, est de la classe des contrats commutatifs, de la nature desquels il est que les contractants s'y proposent l'égalité, & que chacun d'eux ait intention d'y recevoir autant qu'il donne; mais cette égalité, que les futurs conjoints sont présumés s'être proposée, seroit entiérement renversée, si pendant que celui des conjoints qui ne doit rien, y apporteroit dix mille livres effectifs; celui qui doit beaucoup, en apportant ses dettes, avec la somme de dix mille livres qu'il a promis d'apporter, n'y apportoit rien, ou presque rien d'effectif.

Nonobstant ces raisons, Lebrun, *Liv.* 2, *ch.* 3, *n.* 6, est d'avis contraire; & il entreprend de réfuter l'opinion de la Thaumassieres. Les raisonnements qu'il emploie pour cela me paroissent mauvais, & ne renfermer que des pétitions de principe: Il dit en premier lieu, *que l'apport ne regle point les dettes, ni les dettes ne reglent point l'apport*: on ne

sçait pas trop ce qu'il veut dire; mais s'il veut dire que pour régler si la communauté doit être chargée des dettes des conjoints antérieures au mariage, on ne doit pas considérer de quoi l'apport de chacun des conjoints est composé; si c'est d'une universalité de biens, qui est une chose qui renferme la charge des dettes; ou si c'est d'une somme certaine, ou d'un corps certain, qui sont des choses qui ne renferment pas cette charge; c'est poser pour principe, ce qui fait précisément l'objet de la question, & par conséquent une pétition de principe.

Il dit, en second lieu, *que toutes les dettes mobilieres en quelque temps qu'elles soient créées, sont à la charge de la communauté, s'il n'y a convention contraire*; c'est encore une pétition de principe: car c'est précisément ce qui est en question, si une communauté dans laquelle les conjoints n'ont apporté chacun qu'une somme certaine, & non l'universalité de leur mobilier, est chargée de leurs dettes mobiliaires antérieures au mariage, quoiqu'il n'y ait pas de convention expresse qui les exclue.

Il dit, en troisieme lieu, que l'*apport égal n'empêche pas qu'il n'y ait ordinaire-*

ment, entre les conjoints, une industrie inégale, & des dettes inégales, qui ne sont point censées rompre l'égalité de cet apport. Il veut dire, que lorsque deux conjoints promettent chacun apporter une somme égale, *putà*, une somme de dix mille livres chacun, quoique l'un d'eux charge la communauté plus que l'autre, par ses dettes; il est néanmoins vrai de dire, que quant à la somme qu'ils ont promis chacun d'apporter, ils ont fait un apport égal, puisque c'est une même somme de part & d'autre : de même que lorsque l'un d'eux a plus d'industrie, quoique par son industrie il apporte réellement plus que l'autre; l'apport est censé égal, lorsqu'ils apportent une somme égale. Je réponds, que l'inégalité d'industrie est mal à propos comparée avec l'inégalité de dettes.

Lorsque deux conjoints promettent d'apporter, chacun à la communauté, une certaine somme, *putà*, de dix mille livres, il n'est pas question entr'eux de leur industrie; chacun s'oblige d'apporter une somme effective de dix mille livres; & celui qui a le moins d'industrie, ne satisfait pas moins à son obligation, que celui qui en a davantage; en apportant, comme lui, une somme

effective de dix mille livres qu'il a de net toutes dettes payées; mais lorsque deux futurs conjoints, dont l'un doit beaucoup, & l'autre ne doit rien, ont promis chacun d'apporter une somme de dix mille livres; celui qui doit beaucoup, en apportant une somme de dix mille livres, avec la charge de ses dettes; qui montent, *putà*, à huit mille livres, ne fait pas un apport aussi effectif de la somme de dix mille livres, qu'il a promis d'apporter, que celui qui apporte une somme de dix mille livres, sur laquelle il ne doit rien : car il n'apporte réellement & effectivement que deux mille livres; il n'apporte pas d'une maniere effective les huit mille livres, qu'il n'apporte à la communauté que pour les en faire sortir pour payer ses dettes.

Nous avons deux principales questions, sur la convention de séparation de dettes. La premiere, est de sçavoir quelles sont les dettes comprises dans cette convention; la seconde, quel est l'effet de cette convention, tant à l'égard des conjoints entr'eux, que vis-à-vis leurs créanciers.

PREMIERE QUESTION.

Quelles sont les dettes comprises dans la Convention de séparation de dettes.

353. Les dettes comprises dans la convention de séparation de dettes, sont les dettes des conjoints qui sont antérieures au mariage.

La convention comprend non-seulement les dettes, dont chacun des conjoints étoit débiteur envers des tiers; mais pareillement celles dont l'un des conjoints étoit débiteur envers l'autre. Par exemple, si Pierre épouse Marie, qui étoit sa débitrice d'une somme de cinq cents livres, s'il n'y a ni réalisation de la créance de Pierre, ni séparation de dettes, cette dette entrant en communauté, tant en actif que passif, il s'en fera confusion & extinction entiere; mais s'il y a séparation de dettes, il ne se fera pas de confusion de cette dette, si ce n'est lors de la dissolution de communauté, pour la moitié qu'auront dans les biens de la communauté Marie ou ses héritiers, lesquels continueront d'être débiteurs de l'autre moitié de la dette envers Pierre ou ses hé-

ritiers : ſi Marie renonce à la communauté, elle continuera d'en être débitrice pour le total.

Vice verſâ. Si c'étoit Pierre qui fût débiteur de cette ſomme envers Marie, lorſqu'il l'a épouſée, la ſéparation de dettes aura cet effet, que lors de la diſſolution de communauté, Pierre continuera d'en être débiteur envers Marie & ſes héritiers, pour la part qu'ils auront dans la communauté. Si Marie, en vertu d'une clauſe de ſon contrat de mariage, reprenoit ſon apport, en renonçant à la communauté, Pierre continueroit d'être débiteur envers elle de cette ſomme pour le total.

354. Les dettes antérieures au mariage qui ſont excluſes de la communauté par la convention de ſéparation de dettes, ſont celles que chacun des conjoints a contractées avant le mariage.

Delà il ſuit, qu'une dette que l'un des conjoints a contractée avant le mariage, quoique ſous une condition qui n'a été accomplie que depuis le mariage, eſt compriſe dans la ſéparation de dettes.

A plus forte raiſon, celle qui a été contractée ſans condition avant le ma-

riage, doit-elle y être comprise, quoique le terme du paiement ne soit arrivé que depuis le mariage ?

355. Par la même raison, les dettes contractées avant le mariage, sont comprises dans la séparation de dettes, quoiqu'elles n'aient été liquidées que depuis le mariage.

En conséquence, lorsque l'un des conjoints a été condamné, durant le mariage, en une certaine somme envers quelqu'un, pour réparation civile d'un délit commis avant le mariage; cette réparation adjugée par la Sentence, quoique rendue durant le mariage, est comprise dans la convention de séparation de dettes : car c'est une dette antérieure au mariage; la Sentence n'a fait que la liquider; elle a été contractée par le délit commis avant le mariage.

356. Il y a plus de difficulté à l'égard de l'amende en laquelle l'un des conjoints a été condamné, durant le mariage, pour un délit commis auparavant le mariage : car ce n'est que par la Sentence de condamnation qu'il devient débiteur de l'amende; d'où il semble suivre, que cette dette n'est pas antérieure au mariage, ni par conséquent

compriſe en la convention de ſéparation de dettes; néanmoins Lebrun décide qu'elle y eſt compriſe : on peut dire, en faveur de ſon ſentiment, que la dette de l'amende en laquelle le conjoint a été condamné durant le mariage, pour un délit commis avant le mariage, avoit dans ce délit un germe antérieur au mariage ; ce germe auroit avorté, ſi le conjoint fût mort avant qu'il fût intervenu aucune condamnation contre lui; mais celle qui eſt intervenue, a fait éclorre ce germe ; & c'eſt à raiſon de ce germe antérieur au mariage, que la dette de cette amende peut être regardée comme ayant un commencement antérieur au mariage, & par conſéquent comme une dette antérieure au mariage, compriſe dans la convention de ſéparation de dettes.

357. Lorſqu'un homme a entrepris & commencé, avant le mariage, un procès qui a duré depuis le mariage, & ſur lequel eſt intervenu, durant le mariage, un Jugement qui l'a condamné aux dépens; la dette des dépens faits par ſa partie depuis le mariage, qu'il eſt condamné de lui rembourſer, eſt-elle compriſe dans la convention de ſéparation de dettes? La raiſon de douter, eſt

que cet homme n'ayant pu être débiteur du remboursement des dépens faits par sa partie envers qui il a été condamné, avant que ces dépens aient été faits; la dette de ceux qui n'ont été faits que depuis le mariage, ne peut être antérieure au mariage. La raison de décider que cette dette doit être regardée comme une dette antérieure au mariage, & comprise en conséquence dans la convention de séparation de dettes, est que quoique la dette ne soit née que durant le mariage, elle est née d'une cause antérieure au mariage, qui est la téméraire contestation que cet homme a formée en entreprenant le procès; ce qui suffit pour que cette dette soit regardée comme antérieure au mariage, comprise dans la clause de séparation de dettes.

Il en est de même de la dette des dépens qu'il doit à son Procureur; la dette même de ceux qui n'ont été faits que depuis le mariage, est une dette antérieure au mariage, ayant pour cause le mandat qu'il a donné à son Procureur, de poursuivre le procès lorsqu'il l'a entrepris.

Quid; Si depuis le mariage, pendant le cours du procès, il avoit changé de Procureur. La dette des dépens faits

par ce nouveau Procureur, quoique procédante d'un mandat contracté durant le mariage, ayant pour cause originaire le procès entrepris auparavant le mariage, peut être considérée comme une dette dont la cause est antérieure au mariage; & par conséquent comme une dette antérieure au mariage, comprise dans la convention de séparation de dettes; autrement il seroit au pouvoir du mari, en changeant de Procureur, de faire supporter à sa communauté les frais d'un procès dans lequel il étoit engagé avant son mariage.

Observez qu'il n'y a que les dépens faits sur les contestations formées avant le mariage, qui soient compris dans la convention de séparation de dettes; mais si depuis le mariage, pendant le cours du procès, le mari a formé des demandes incidentes, ou s'il en a été formé contre lui; les dépens faits sur ces demandes incidentes, auxquels il aura été condamné, aussi bien que ceux faits par son Procureur, sont à la charge de la communauté.

Lorsque c'est la femme qui étoit engagée dans un procès avant son mariage; si le mari a repris l'instance, il n'y aura que les dépens faits avant le

mariage, qui seront compris dans la séparation de dettes; la dette des dépens faits depuis la reprise d'instance, auxquels le mari a été condamné, aussi-bien que celle de ceux faits par son Procureur, qui a repris pour lui, sont dettes de la communauté, ayant été contractées durant la communauté par la reprise d'instance.

Mais si sur le refus du mari de reprendre l'instance, la femme a été autorisée par le Juge à poursuivre le procès, la communauté ne sera pas tenue des condamnations qui pourroient intervenir contr'elle, suivant les principes établis, *infrà*, p. 2.

358. Si pour gratifier un Hôpital, j'ai donné ordre, avant mon mariage, à un Entrepreneur de construire à mes dépens un bâtiment dont cet Hôpital avoit besoin; quoique le bâtiment n'ait été construit que depuis mon mariage, le prix que j'en dois à cet Entrepreneur, est compris dans la convention de séparation de dettes : car cette dette procédante de la convention que j'ai eue avec l'Entrepreneur avant mon mariage, a une cause antérieure au mariage.

Mais si depuis mon mariage, il avoit

fait de mon ordre des augmentations, le prix de ces augmentations seroit une dette de la communauté ; l'ordre pour les faire ayant été donné pendant la communauté.

359. Si dès avant mon mariage j'étois chargé d'une tutelle ou de quelqu'autre administration publique ou particuliere, que j'ai continuée depuis mon mariage ; le reliquat de mon compte ne sera censé compris dans la séparation de dettes, que pour raison des articles dont j'étois débiteur avant mon mariage ; mais ce que je dois, pour raison de ce que j'ai reçu depuis mon mariage, ou par les fautes que j'ai commises dans ma gestion depuis mon mariage, est une dette de communauté.

360. Quoique les dettes mobiliaires de chacun des conjoints antérieures au mariage, soient, par la convention de séparation de dettes, excluses de la communauté, les intérêts de ces dettes, de même que les arrérages des rentes, soit fonciéres, soit constituées, soit perpétuelles, soit viageres, dûes par chacun des conjoints, quoique constituées avant le mariage, sont pour tout le temps que lesdits intérêts & arrérages ont couru depuis le mariage & durant la

communauté, des charges de la communauté, comme étant lesdits intérêts & arrérages les charges naturelles des revenus des biens de chacun des conjoints, lesquels tombent dans la communauté, & que lesdits intérêts & arrérages diminuent de plein droit; car on n'a de revenu effectif, que ce qui reste, déduction faite des intérêts & arrérages qu'on doit.

A l'égard des intérêts & arrérages, courus avant le mariage, jusqu'au jour du mariage, ils sont compris dans la convention de séparation de dettes, & la communauté n'en est pas chargée, non plus que de ceux qui courent depuis la dissolution de la communauté; on compte pour cela lesdits intérêts & arrérages de jour à jour.

Ceux courus depuis le mariage & pendant que la communauté a duré, sont tellement une charge de la communauté, que Lebrun, *l.* 2. *ch.* 3, *sect.* 4. *n.* 10, a été jusqu'à dire qu'ils n'en pourroient pas être exclus, même par une convention expresse portée au contrat de mariage; mais je crois qu'il va trop loin; quoique cette convention soit insolite, je ne vois rien qui l'empêche d'être valable.

Quoique les intérêts & arrérages courus durant le mariage, ſoient cenſés n'avoir pas été compris dans la convention de ſéparation de dettes, parce qu'ils ſont une charge des revenus; néanmoins la communauté en eſt entiérement chargée, quand même ils excéderoient les revenus. Il ſuffit pour cela que les parties qui en ſe mariant n'en ont pas fait une balance avec les revenus, ſoient cenſées n'avoir pas eu intention de les comprendre dans leur convention de ſéparation de dettes.

QUESTION II.

Quel eſt l'Effet de la convention de ſéparation de dettes, tant à l'égard des conjoints entr'eux, que vis-à-vis leurs créanciers.

361. L'effet qu'a la convention de ſéparation de dettes, à l'égard des conjoints entr'eux, eſt que ſi les dettes excluſes de la communauté, par cette convention, ont été acquittées des deniers de la communauté; le conjoint qui en étoit débiteur, ou ſes héritiers, en doivent récompenſe à la communauté, lors de ſa diſſolution. Nous traite-

rons de cette recompenfe, *infrà*, *p.* 4..

362. A l'égard des créanciers, la convention de féparation de dettes ne peut empêcher les créanciers de la femme de demander au mari, durant la communauté, le paiement des dettes de la femme, quoiqu'exclufes de la communauté, à moins qu'il ne foit en état de leur repréfenter un inventaire des biens mobiliers de fa femme qui lui font parvenus, & de leur en compter.

C'eft la difpofition de l'*art.* 222 de la Coutume de Paris, qui eft conçu en ces termes : » Et combien qu'il foit » convenu entre deux conjoints qu'ils » payeront féparément leurs dettes faites auparavant le mariage, ce néanmoins ils en feront tenus, s'il n'y » a inventaire préalablement fait, auquel cas ils demeurent quittes, repréfentant l'inventaire ou l'eftimation » d'icelui. «

Cette difpofition a été copiée dans les mêmes termes dans notre Coutume d'Orléans, en l'article 212 : elle doit avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en font pas expliquées, ayant été inférée dans la Coutume de Paris, lors de fa réformation, & formée fur la Jurifprudence qui s'obfervoit alors,

363. La Coutume exige deux chofes du mari, pour qu'il puiffe fe difpenfer du paiement des dettes de fa femme, antérieures à fon mariage, quoiqu'excluſes de la communauté par une convention de féparation de dettes. 1°. Elle exige qu'il ait fait un inventaire des biens mobiliers de fa femme, qu'elle lui a apportés en mariage.

Le futur conjoint doit faire cet inventaire avec fa future femme avant le mariage. C'eft ce qui réfulte de ces termes, *s'il n'y a inventaire* PRÉALABLEMENT *fait.*

Il doit être fait pardevant Notaires; ou s'il a été fait fous les fignatures-privées des parties, il faut qu'il ait été reconnu par acte devant Notaires, avant la célébration du mariage, pour en rendre la date certaine.

Lorfque le contrat contient par détail les biens mobiliers que la femme apporte en mariage, il tient lieu de cet inventaire.

Le compte rendu à la femme, quoique depuis le mariage, peut tenir lieu de cet inventaire, lorfque celui qui lui rend compte, a adminiftré fes biens jufqu'au temps de fon mariage.

Le mari doit comprendre dans cet

inventaire tous les effets mobiliers que la femme a apportés en mariage, sans aucune exception, tant ceux qu'elle a mis en communauté, que ceux qu'elle a réalisés par une stipulation de propre.

Il y a quelque chose de particulier pour le cas auquel une veuve débitrice d'un compte de tutelle envers ses enfants d'un premier mariage, contracte un second mariage, avec une convention de séparation de dettes. Par Arrêt de Réglement, du 14 Mars 1731, la Cour a ordonné qu'en ce cas, soit qu'il y ait communauté stipulée (avec la clause de séparation de dettes), soit qu'il y ait exclusion de communauté, l'inventaire ne sera réputé valable, s'il n'est fait avant la célébration du mariage, devant Notaires, & en présence d'un tuteur nommé pour cet effet par le Juge, sur un avis de parents, aux enfants à qui le compte est dû; faute de l'observation de ces formalités, le second mari est tenu solidairement avec sa femme du compte de tutelle envers les enfans, nonobstant la clause de séparation de dettes, ou même d'exclusion de communauté, sauf son recours contre sa femme.

364. La seconde chose que la Coutume exige, est que, sur la demande

des créanciers de la femme, il leur représente l'inventaire, ou l'estimation d'icelui : elle dit : *IL demeure quitte, représentant l'inventaire, ou l'estimation d'icelui*, c'est-à-dire, qu'il doit abandonner auxdits créanciers les effets compris dans l'inventaire qu'il doit leur représenter, qui se trouvent en nature, pour par lesdits créanciers se vanger sur lesdits effets pour le paiement de leurs créances; & à l'égard des effets compris audit inventaire, qui ne se trouvent plus en nature, il doit leur compter du prix qu'il en a reçu, ou dû recevoir, & de l'emploi qu'il en a fait pour le paiement des dettes de sa femme; &; s'il lui reste quelque chose du prix desdits meubles entre les mains, il doit le leur remettre.

Il n'importe que lesdits effets aient été réalisés par une stipulation de propre, le mari ne doit pas moins les représenter aux créanciers, s'ils se trouvent en nature, ou compter du prix, s'ils ne se trouvent; la réalisation qui en a été faite, n'a aucun effet vis-à-vis les créanciers, & elle n'empêche pas qu'ils ne puissent être saisis & exécutés, comme toute autre espece de meuble.

Il n'importe aussi qu'ils aient été apportés sous le nom de dot, & qu'il ne

reste aucuns autres biens de la femme pour soutenir les charges du mariage, car la Coutume ne fait aucune distinction.

Le mari doit aussi compter aux créanciers des biens mobiliers qui seroient échus à sa femme depuis le mariage, de même que de ceux compris en l'inventaire.

A l'égard des fruits des biens de la femme que le mari a perçus durant le mariage, jusqu'à la demande des créanciers, il n'est pas obligé de leur en compter, étant censé les avoir consommés de bonne foi *ad sustinenda onera matrimonii.*

363. Il reste à observer que ce n'est que pendant que la communauté dure, que le mari peut être poursuivi pour les dettes de sa femme, quoique excluses de la communauté par une convention de séparation de dettes, faute de rapporter un inventaire : après la dissolution de communauté, les créanciers de la femme ne peuvent plus demander au mari le paiement de leurs créances ; ils n'ont contre lui que la voie de la saisie & arrêt de ce qu'il pourroit devoir à la femme, leur débitrice.

§. I I.

De la clause de franc & quitte.

365. La clause de franc & quitte, est une convention par laquelle les parents de l'un des futurs conjoints se font forts envers l'autre, qu'il n'a pas de dettes.

C'est ordinairement les parents de l'homme qui se font forts qu'il est franc & quitte de dettes.

Ils s'obligent par cette convention envers la femme *in id quanti ejus interest*, que l'homme se soit trouvé tel qu'ils l'ont assuré, c'est-à-dire, exempt de dettes; & en conséquence, dans le cas où il ne se seroit pas trouvé tel, à indemniser la femme du préjudice que lui auroient causé les dettes de son mari antérieures au mariage.

366. Lesdites dettes peuvent causer deux especes de préjudice à la femme; le premier & le principal, est par rapport à sa dot, son douaire & ses autres conventions matrimoniales, en cas d'insolvabilité de son mari, sur les biens duquel elle ne seroit pas pour ses créances utilement colloquée pour une aussi

grande somme que celle pour laquelle elle l'eût été, sans lesdites dettes.

La seconde espece de préjudice que lesdites dettes peuvent causer à la femme, est celui qui résulte de ce que sa part en la communauté auroit été meilleure, si elle n'eût pas été diminuée par lesdites dettes.

C'est une question entre les Auteurs, si lorsque des parents, en mariant leur fils, l'ont déclaré franc & quitte de dettes, ils doivent être censés s'être obligés envers la femme de l'indemniser de ces deux especes de préjudice, ou seulement de celui de la premiere espece.

Renusson, *Traité de la Communauté*, *p.* 1, *ch.* 11, *n.* 36, croit que cette clause renferme l'obligation d'indemniser la femme de ces deux especes de préjudice.

Au contraire, Lebrun en son Traité de la Communauté, *liv.* 2, *chap.* 3, *sect.* 3, *n.* 41 *&* 42, pense que cette convention ne s'étend pas à l'espece de préjudice que la femme pourroit souffrir par rapport à la communauté, & que les parties dans cette convention sont censées n'avoir d'autre objet, que d'indemniser la femme du préjudice que les dettes antérieures au mariage pour-

roient apporter à l'acquittement de ses créances.

L'opinion de Lebrun paroît être celle qui est suivie dans l'usage ; & les pere & mere, qui, en mariant leur fils, le déclarent franc & quitte de dettes, ne contractent d'autre obligation que celle d'indemniser la femme de la somme pour laquelle les dettes du mari antérieures au mariage, empêcheroient qu'elle ne pût être utilement colloquée sur les biens de sondit mari pour le paiement de ses créances.

367. C'est ce qui s'éclaircira par les exemples suivants.

Premier exemple. Je suppose qu'après la dissolution de communauté, les biens du mari ont été discutés ; le prix des meubles, qui étoient en petite quantité, n'a servi qu'à payer les dettes privilégiées, comme celles du maître d'hôtel, *&c.* Le prix des immeubles, déduction faite des frais, monte à 20000 liv. il s'est trouvé pour 25000 liv. de créances hypothécaires antérieures au mariage ; au moyen de quoi la femme, créanciere de 40000 l. n'a pu rien toucher de la somme de 20000 liv. qu'elle eût touché, s'il n'y avoit pas eu de dettes antérieures au mariage ; elles lui causent donc un pré-

judice de 20000 liv. Les parents qui ont déclaré son mari franc & quitte, doivent donc, pour indemniser la femme, lui payer la somme de 20000 livres, à laquelle monte le préjudice que les dettes antérieures lui causent.

Second exemple. Je suppose à présent, que les biens du mari, qu'on a déclaré franc & quitte, ne consistent qu'en mobilier, & que le mari est domicilié sous une Coutume où les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothéque, & où en conséquence le prix s'en distribue au sol la livre entre tous les créanciers; je suppose que le mobilier, déduction faite des frais & dettes privilégiées, n'a produit que 10000 liv. sur quoi il y a pour 100000 liv. de dettes à payer; sçavoir, 40000 liv. pour les créances de la femme; 40000 liv. pour dettes postérieures au mariage; & pour dettes antérieures au mariage, 20000 liv. : les créanciers antérieurs au mariage ont été colloqués pour 2000 livres; sans ces créances il y auroit eu 2000 liv. à distribuer entre la femme qui en auroit eu 1000 livres, & les créanciers postérieurs au mariage qui auroient eu les autres 1000 livres; les créanciers antérieurs au mariage font donc en ce cas un préjudice de 1000 l.

à la femme; & les parents qui l'ont déclaré franc & quitte, doivent en conséquence payer à la femme une somme de 1000 liv. pour l'en indemniser.

Observez que dans la distribution du mobilier de l'homme, qu'on a déclaré franc & quitte de dettes, on ne doit pas ordinairement parmi les dettes de l'homme antérieures au mariage, dont la femme doit être garantie, comprendre ses dettes chirographaires; leur date ne pouvant faire contre des tiers une *foi* suffisante du temps auquel elles ont été contractées, *Traité des Oblig. n.* 715.

368. Lorsque la femme après la dissolution de la communauté, a trouvé dans les biens de son mari de quoi être payée entiérement de ses créances, l'obligation des parents du mari qui l'ont déclaré franc & quitte de dettes, demeure par-là acquittée.

Il ne suffit pas pour cela que sa dot lui ait été entiérement restituée, il faut qu'elle ait été entiérement payée de toutes ses conventions, & généralement de toutes les créances qu'elle a contre son mari.

369. Lebrun, *l.* 3, *chap.* 2, *s.* 2, *d.* 6, *n.* 19, en excepte la créance que la femme a contre son mari pour son in-

demnité des obligations qu'elle a contractées pour lui durant le mariage. J'aurois de la peine à admettre cette exception ; les parents déclarant leur fils franc & quitte, s'obligent envers la femme *in id quanti ejus intereſt*, que ſon mari ait été tel qu'on le lui a déclaré : or, l'intérêt qu'a la femme que ſon mari ait été tel, ne s'étend pas moins à ſon indemnité, qu'à ſes autres créances, ayant intérêt que les dettes antérieures de ſon mari ne l'empêchent pas de trouver dans les biens de ſon mari de quoi ſe payer de ſes créances d'indemnité, auſſi-bien que des autres.

On oppoſe que la femme n'eſt pas recevable à ſe plaindre de n'avoir pu être payée ſur les biens de ſon mari de ſa créance pour ſon indemnité ; que c'eſt par ſa faute qu'elle ſouffre cette perte ; qu'ayant été en ſon pouvoir de ne ſe pas obliger pour ſon mari, elle doit s'imputer de l'avoir fait : la femme répond à cela, qu'elle ne s'eſt obligée pour ſon mari que parce qu'elle comptoit pouvoir en être indemniſée ſur le bien de ſon mari, qu'elle croyoit franc & quitte de dettes antérieures au mariage, comme on le lui avoit aſſuré ; que ce ſont ceux qui le lui ont aſſuré, qui l'ont induite en

erreur, & qui doivent être par conséquent obligés de l'indemniser du préjudice que les dettes antérieures de son mari lui ont causé, en empêchant qu'elle n'ait pu être payée sur les biens de son mari, sur lesquels elle comptoit, & sur lesquels elle eût effectivement trouvé de quoi être payée, sans lesdites dettes.

Les autres moyens que Lebrun emploie pour fonder son opinion, ne sont pas meilleurs. *La raison est*, dit-il, *que par cette clause l'ascendant ne garantit les conventions de la femme de son fils, que contre les dettes antérieures au mariage, non contre les postérieures.*

La réponse est, qu'on convient que les parents qui ont déclaré leur fils franc de dettes, ne garantissent par cette clause la femme que des dettes de son mari antérieures au mariage, & qu'en conséquence, s'il ne s'en trouve aucune, ils ont rempli leur obligation, & ils ne sont point tenus en ce cas de la perte que la femme a soufferte en s'obligeant pour son mari, pour des dettes postérieures à son mariage; mais en garantissant la femme des dettes de son mari antérieures au mariage, ils s'obligent de l'indemniser de tout le préjudice que lesdites dettes antérieures au mariage

lui ont causé, en empêchant qu'elle ne pût être payée sur les biens de son mari de son indemnité pour les obligations qu'elle a contractées pour son mari depuis le mariage.

Le second moyen de Lebrun, est de dire, *qu'il seroit au pouvoir des conjoints de ruiner l'ascendant.* Cela est faux; car quoique le mari puisse depuis son mariage contracter des dettes immenses, & que la femme puisse s'obliger pour lui, pour des dettes immenses, les parents du mari qui l'ont déclaré franc & quitte, ne seront pas néanmoins par cette clause, obligés *in immensum*, ne pouvant l'être que jusqu'à concurrence du montant des dettes antérieures au mariage, & de la somme pour laquelle les créanciers antérieurs au mariage auront été utilement colloqués sur les biens du mari.

370. Il résulte de tout ce que nous venons de dire de la clause par laquelle les parents de l'homme le déclarent franc & quitte de dettes, que cette convention est entiérement différente de la convention de séparation de dettes.

1°. La convention de séparation de dettes, est une convention qui intervient entre les deux futurs conjoints;

au contraire, la clause de franc & quitte, est une convention qui n'intervient pas entre les futurs conjoints, mais qui n'intervient qu'entre la femme & les parents de l'homme qui le déclarent franc & quitte, il n'y a par cette convention que lesdits parents qui contractent une obligation envers la femme, l'homme qui est marié franc & quitte, n'en contracte aucune, & n'est pas censé partie à la convention.

371. 2°. La convention de séparation de dettes concerne la communauté de biens qui doit être entre les futurs conjoints; elle a pour objet d'en exclure la charge de leurs dettes antérieures au mariage; chacun d'eux s'oblige réciproquement d'indemniser la communauté de ce qui en seroit tiré pour payer les dettes antérieures au mariage.

Au contraire, la clause par laquelle les parents du futur conjoint le déclarent franc & quitte, ne concerne pas la communauté de biens qui doit être entre les futurs conjoints; elle peut intervenir dans un contrat de mariage par lequel il y auroit exclusion de communauté; & lorsqu'il y a communauté, cette clause n'a pas pour objet d'exclure de la communauté la charge des dettes

du futur conjoint antérieures au mariage; son unique objet est, que lesdites dettes n'empêchent pas la femme de pouvoir être payée sur les biens de son mari, comme nous l'avons expliqué.

372. La clause par laquelle les parents déclarent leur fils franc & quitte, est aussi très-différente de celle par laquelle les parents promettroient de payer ses dettes antérieures au mariage & de l'en acquitter; car par la clause par laquelle les parents déclarent leur fils franc & quitte, ils ne s'obligent pas de payer ses dettes, mais seulement d'indemniser la femme de ce qu'elle a manqué de toucher pour le paiement de ses créances sur les biens de son mari, par rapport aux créanciers antérieurs de son mari, qui ont été colloqués avant elle; si le mari n'avoit laissé aucuns biens, sur lesquels la femme eût pu être payée, quand même il n'y auroit pas eu de créances antérieures aux siennes, les parents du mari qui l'ont déclaré franc & quitte de dettes, ne seront tenus de rien envers la femme.

En cela, cette clause est très-différente de celle par laquelle les parents du mari se seroient rendus cautions envers la femme, de la restitution de la

dot & de ses conventions matrimoniales; car par ce cautionnement, les parents s'obligent envers la femme de la payer entiérement de ce dont elle n'aura pu être payée sur les biens de son mari; au-lieu que par la clause de franc & quitte, ils ne s'obligent de la payer que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle les créanciers du mari antérieurs au mariage auront été utilement colloqués sur les biens du mari.

373. Lorsque ce sont les parents de la fille qui déclarent en la mariant qu'elle est franche & quitte de dettes (ce qui arrive très-rarément) si par le contrat de mariage, la fille avoit fait donation à son mari, en cas de survie, d'une certaine somme à prendre sur ses biens, la clause pourroit s'entendre de la même maniere, en ce sens, que les parents de la fille s'obligeroient par cette clause d'indemniser le mari de ce dont les créanciers de sa femme antérieurs au mariage, qui auroient été utilement colloqués sur les biens de sa femme, auroient empêché qu'il n'eût pu être payé sur lesdits biens, de la somme comprise en la donation qui lui a été faite par sa femme.

Mais lorsque la femme qu'on a dé-

clarée être franche & quitte de dettes, n'a fait aucune donation à son mari, le mari ne pouvant en ce cas avoir aucune créance à exercer contre sa femme, le mari ne peut avoir en ce cas d'autre intérêt que sa femme soit franche & quitte de dettes, que celui qu'il a que les dettes de sa femme antérieures au mariage ne diminuent pas sa communauté par les sommes qu'il en faudroit tirer, pour les acquitter tant en principaux qu'intérêts : les parents de la fille s'obligent donc par cette convention envers son mari, à payer à la décharge de sa communauté, toutes les dettes de sa femme antérieures au mariage. Si elles en étoient déja excluses pour le fonds par une clause de séparation de dettes; ils seroient censés s'être obligés d'acquitter la communauté des intérêts desdites dettes courus depuis le mariage, & pareillement des arrérages des rentes constituées, dûes par la femme avant son mariage, courus depuis. C'est ce qu'enseigne Lebrun en son Tr. de la Commun. *L.* 2, *ch.* 3, *S.* 3, *n.* 50.

374. La garantie des dettes de la femme qu'on a déclarée franche & quitte, comprend celles dont elle étoit débitrice envers ses parents, qui l'ont déclarée franche & quitte, aussi bien que celles

dont elle étoit débitrice envers d'autres personnes. Lebrun, au lieu cité, fait de longs raisonnements pour prouver cette proposition, qui est évidente par elle-même, & il cite en pure perte des textes de Droit qui n'ont aucune application à la question.

Cet Auteur décide en conséquence, qu'une mere, qui en mariant sa fille, la déclare franche & quitte de dettes, est censée faire remise du douaire qui lui est dû par sa fille. Je pense que lorsque ce douaire consiste dans une rente annuelle, la clause ne s'étend qu'à la décharge des arrérages du douaire qui courent jusqu'au temps de la dissolution de la communauté, & qu'elle ne s'étend pas à ceux qui courront depuis la dissolution de communauté arrivée, soit par la mort du mari, soit par une séparation. La raison est que cette clause est une convention intervenue entre les parents de la femme qui l'ont déclarée franche & quitte, & le mari; ce n'est qu'envers le mari que l'obligation qui résulte de cette clause est contractée, & elle ne peut par conséquent s'étendre qu'aux arrérages, à la décharge desquels le mari a intérêt; or, le mari a bien intérêt à la décharge des arrérages du

douaire qui courront jusqu'à la dissolution de la communauté, parce que la communauté en seroit chargée; mais il n'a aucun intérêt à la décharge de ceux qui ne courent que depuis la dissolution de la communauté.

375. La clause par laquelle les parents de la femme la déclarent franche & quitte des dettes antérieures au mariage, différe de la convention de séparation de dettes.

1°. Celle-ci est une convention qui intervient entre les futurs conjoints, celle par laquelle les parents déclarent la fille franche & quitte, intervient entre lesdits parents de la fille & l'homme qui la doit épouser.

2°. La convention de séparation de dettes ne comprend que les sommes principales dûes par chacun des conjoints avant le mariage; elle n'empêche pas que la communauté ne soit chargée de tous les intérêts desdites sommes qui courront pendant le temps de sa durée, aussi bien que des arrérages des rentes dûes par chacun des conjoints, qui courront pendant ledit temps; mais la clause qu'on a ajoutée par laquelle les parents de la femme l'ont déclarée franche & quitte de dettes, les oblige à acquit-

ter la communauté, même des intérêts des sommes dûes par la femme avant le mariage, courus pendant le temps de sa durée, & des arrérages des rentes dûes par la femme, courus pendant ledit temps, comme nous l'avons vu.

376. La clause par laquelle les parents de la femme la déclarent franche & quitte de dettes, étant une convention qui intervient entre lesdits parents & l'homme qui doit l'épouser, & à laquelle convention la femme n'est pas partie; c'est une conséquence que si l'homme n'a pas pu se faire indemniser par les parents de la femme, qui se sont trouvés insolvables, des sommes qui ont été tirées de la communauté pour payer les dettes de la femme antérieures au mariage, l'homme ou ses héritiers n'auront aucun recours pour en être indemnisés contre la femme qui ne seroit pas héritiere de ses parents qui l'ont déclarée franche & quitte, à moins qu'outre cette clause, il n'y eut une convention de séparation de dettes, auquel cas l'homme auroit bien, en vertu de la convention de séparation de dettes, un recours contre sa femme pour les sommes principales par elle dûes avant son mariage, & acquittées des deniers de la communauté;

mais il n'en auroit aucun pour les intérêts desdites sommes, & pour les arrérages des rentes; il n'a recours que contre les parents de sa femme qui l'ont déclarée franche & quitte, & contre leur succession.

377. La clause par laquelle les parents de la femme la déclarent franche & quitte de dettes, est différente de celle par laquelle ils s'obligeroient formellement d'acquitter ses dettes antérieures au mariage; ils s'obligent en ce second cas, tant envers leur fille qu'envers l'homme qui doit l'épouser; c'est une donation qu'ils font à leur fille, de la somme à laquelle montent ses dettes, qui fait partie de la dot qu'ils lui donnent. C'est pourquoi en ce second cas, bien loin que les parents puissent avoir recours contre leur fille, après la dissolution de la communauté pour ses dettes qu'ils ont acquittées; c'est au contraire leur fille qui a action contr'eux, pour qu'ils soient tenus de les acquitter, si cela n'a pas encore été fait.

Au contraire, lorsque les parents de la femme l'ont simplement déclarée franche & quitte de dettes, cette clause étant une convention qui n'intervient qu'entre les parents de la femme, &

l'homme qu'elle doit épouser, & en laquelle la femme n'est pas partie, les parents de la femme ne contractent en ce cas d'obligation qu'envers l'homme, & ne garantissent que lui des dettes de sa femme antérieures au mariage : les parents de la femme, qui en conséquence de l'engagement qu'ils ont contracté avec leur gendre, ont payé les dettes de la femme antérieures au mariage, ont après la dissolution de la communauté, l'action *negotiorum gestorum* contre leur fille, pour répéter d'elle les sommes qu'ils ont payées pour acquitter ses dettes, pourvu néanmoins que l'action ne puisse réfléchir contre leur gendre ou ses héritiers.

C'est pourquoi, lorsque par le contrat de mariage, outre la clause par laquelle les parents de la femme l'ont déclarée franche & quitte de dettes, il y a une convention entre les futurs conjoints de séparation de dettes, les parents de la femme, qui en exécution de leur engagement envers leur gendre, ont payé des sommes principales, dûes par leur fille avant son mariage, en ont la répétition contre leur fille, après la dissolution de la communauté, *actione negotiorum gestorum*, l'action ne pouvant

pas en ce cas réfléchir contre l'homme ni contre ses héritiers, la communauté n'étant pas tenue desdites dettes de la femme, au moyen de la séparation de dettes.

Mais si par le contrat de mariage, il n'y avoit pas de séparation de dettes, les dettes de la femme antérieures au mariage, étant en ce cas tombées dans la communauté, les parents de la femme, qui en exécution de leur engagement envers leur gendre les ont acquittées, ne peuvent les répéter contre leur fille qui a renoncé à la communauté, parce que l'action réfléchiroit en ce cas contre le mari ou ses héritiers qu'ils en ont garanti; la femme au moyen de sa renonciation, ayant action contre son mari ou héritiers, pour être acquittée de toutes les dettes de communauté, & par conséquent des siennes, qui faute de séparation de dettes, sont devenues dettes de communauté.

Si la femme avoit accepté la communauté, ses parents pourroient répéter d'elle la moitié des sommes par eux payées pour le paiement de ses dettes; leur action pour cette moitié, ne pouvant en ce cas réfléchir contre le mari ou ses héritiers, puisque sa femme en

qualité de commune, eſt débitrice pour moitié ſans recours, des dettes de la communauté.

378. La clauſe par laquelle les parents de la femme la déclarent franche & quitte de dettes, peut avoir lieu, quoique le contrat de mariage porte excluſion de communauté; car le mari ayant droit de percevoir tous les revenus des biens qui lui ſont apportés en dot par ſa femme pendant tout le temps du mariage pour en ſupporter les charges, il a intérêt qu'il ne ſe trouve aucune dette de la femme antérieure au mariage, qui diminue leſdits revenus; c'eſt pourquoi les parents qui ont déclaré la femme franche & quitte de dettes, s'obligent en ce cas d'acquitter le mari de toutes les pourſuites que les créanciers de ſa femme antérieurs au mariage pourroient faire ſur les biens de ſa femme qui lui ont été apportés en dot.

ARTICLE VI.

De la Clauſe de repriſe de l'apport de la femme en cas de rénonciation.

379. C'eſt une convention très-uſitée dans les contrats de mariage, que celle

par laquelle la femme stipule qu'elle pourra lors de la dissolution de communauté, en y renonçant, reprendre franchement & quittement, ce qu'elle y a mis...

Cette convention par laquelle la femme doit avoir part aux gains, si la communauté prospere, sans rien supporter des pertes dans le cas contraire, étant une convention que la faveur des contrats de mariage y a fait admettre quelque contraire qu'elle soit aux regles ordinaires des sociétés; elle est de droit très-étroit.

Nous verrons sur cette convention, 1°. quand y a-t-il ouverture au droit qui en résulte, 2°. Au profit de quelles personnes. 3°. Par quelles personnes peut être exercée l'action qui en naît lorsque le droit a été ouvert au profit de la femme ou des autres personnes comprises dans la convention. 4°. Quelles choses sont l'objet de cette convention.

§. I.

Quand y a-t-il ouverture au droit qui résulte de la convention pour la reprise de l'apport de la femme.

380. C'est la dissolution de communauté qui donne ouverture au droit qui résulte de cette convention : aussitôt que la dissolution de communauté est arrivée du vivant de la femme, *putà*, par la mort du mari, le droit qui résulte de cette convention est acquis à la femme dès l'instant de la mort du mari; il devient dès lors un droit formé qui fait partie des biens de la femme, dont elle peut disposer, & qu'elle transmet dans sa succession.

Il n'est pas nécessaire pour que ce droit soit ouvert, d'attendre que la femme ait renoncé à la communauté; la rénonciation à la communauté n'est pas apposée dans cette convention comme une condition qui en doive suspendre l'ouverture, c'est plutôt *lex faciendi*; c'est la charge sous laquelle la femme doit user du droit que cette convention lui donne de reprendre franchement & quittement ce qu'elle a apporté

à la communauté ; elle ne peut le reprendre, qu'à la charge d'abandonner le surplus en renonçant à la communauté ; mais dès avant qu'elle ait renoncé à la communauté, elle a par la dissolution de communauté, le droit de reprendre ce qu'elle y a mis, à la charge d'abandonner le surplus ; & si elle meurt avant d'avoir pris qualité, elle transmet à ses héritiers ce droit tel qu'elle l'avoit ; c'est-à-dire, le droit de reprendre ce qu'elle a apporté à la communauté, en renonçant à la communauté : c'est ce qui a été jugé par un arrêt du 29 Juillet 1716, rapporté au sixieme tome du Journal.

381. Les Notaires expriment quelquefois cette convention d'une maniere louche ; au lieu de la concevoir en ces termes : *Arrivant la dissolution de la communauté, la future épouse pourra en renonçant à la communauté, reprendre franchement & quittement tout ce qu'elle y a apporté.* Il y a des Notaires qui la conçoivent en ces termes : *La future seule survivant, pourra renoncer à la communauté, ce faisant reprendre ce qu'elle y aura apporté* ; cela a donné lieu à la question, si ce terme, *survivant*, renfermoit une condition, de maniere qu'arrivant

diſſolution de communauté par une ſentence de ſéparation de biens, le droit qui réſulte de cette clauſe, ne dût être ouvert que dans le cas auquel la femme ſurvivroit ſon mari : Lebrun, Traité de la Commun. *L.* 3, *ch.* 2, *ſ.* 2, *d.* 5, *n.* 21, décide que ce terme ne renferme pas une condition ; que par ces termes, les parties n'avoient voulu dire autre choſe, ſinon que le droit de reprendre l'apport en renonçant à la communauté, n'étoit accordé par cette convention qu'à la perſonne ſeule de la femme, & non à ſes enfants ni à ſes autres héritiers; en conſéquence, les parties par ces termes, *la femme ſurvivant*, ont ſeulement voulu dire, qu'il y auroit ouverture à la repriſe, au profit de la femme ſurvivante, dans le cas auquel la diſſolution de communauté arriveroit par le prédécès du mari, & que dans le cas contraire auquel elle arriveroit par le prédécès de la femme, il n'y auroit pas ouverture à la repriſe au profit de ſes héritiers, parce que l'intention des parties étoit d'accorder la repriſe à la ſeule perſonne de la femme, & non à ſes héritiers : ſi les parties ne ſe ſont pas expliquées ſur le cas auquel la diſſolution de communauté arriveroit par une ſentence de ſé-

paration; c'eſt qu'elles n'ont pas penſé à ce cas, qu'elles ne comptoient pas devoir arriver; mais on n'en doit pas conclure qu'elles aient voulu reſtreindre le droit de repriſe accordé par la convention à la femme, au ſeul cas auquel la diſſolution de la communauté arriveroit par le prédécès du mari, & l'exclure pour le cas auquel elle arriveroit par une ſentence de ſéparation. Lebrun autoriſe ſa déciſion par des arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet, Lettre C. *chap.* 26, qui ont jugé qu'une femme dans le cas d'une ſentence de ſéparation de biens, pouvoit exercer la repriſe qu'elle avoit ſtipulée en cas de ſurvie.

382. On a agité autrefois la queſtion, ſi lorſque la femme après une ſentence de ſéparation avoit exercé la repriſe, qui par la convention n'étoit accordée qu'à elle ſeule; ladite femme venant depuis à prédécéder, le mari ſurvivant ne devoit pas avoir la répétition de cette repriſe contre les héritiers de la femme? L'Annotateur de Lebrun, au-lieu ci-deſſus, rapporte deux arrêts, l'un du 20 Décembre 1712, l'autre du 26 Février 1718, qui ont admis le mari à répéter contre les héritiers de ſa femme l'apport dont elle avoit exercé la repriſe

après une ſentence de ſéparation de biens: on ſe fondoit pour cette répétition, ſur ce que la repriſe de l'apport n'étant accordée qu'à la perſonne ſeule de la femme, ſes héritiers ne pouvoient le retenir; mais le même Annotateur rapporte enſuite un autre arrêt contraire aux deux précédents, du 30 Décembre 1718; par lequel, ſur les concluſions de M. Gilbert de Voiſins, il a été donné congé aux héritiers de la femme, de la demande que le mari avoit donnée contre eux en répétition de l'apport dont la femme avoit exercé la repriſe après une ſentence de ſéparation de biens; cet arrêt eſt auſſi rapporté au ſeptieme tome du Journal des Audiences.

C'eſt à la déciſion de ce dernier arrêt qu'on doit s'en tenir: de ce que par la convention, la repriſe de l'apport en renonçant à la communauté, a été accordée à la perſonne ſeule de la femme on en doit ſeulement conclure qu'il ne peut y avoir ouverture à cette repriſe, qu'au profit de la ſeule perſonne de la femme; & qu'en conſéquence, lorſque la diſſolution de communauté arrive par le prédécès de la femme, elle ne peut faire ouverture à la repriſe au profit des héritiers de la femme, qui

ne ſont pas compris dans la convention. Mais lorſque le droit de repriſe a été ouvert au profit de la femme, le droit par cette ouverture ayant été acquis à la femme, étant devenu un droit formé qui fait partie de ſes biens; rien n'empêche qu'elle ne le puiſſe tranſmettre à ſes héritiers & tout ce qui lui en eſt parvenu, de même que tous ſes autres biens.

383. Ce n'eſt que la diſſolution de communauté qui arrive par le prédécès du mari, ou par une ſéparation, qui puiſſe donner ouverture au profit de la femme, au droit qui réſulte de cette convention.

Ce ne peut être que celle qui arrive par le prédécès de la femme, qui puiſſe y donner ouverture au profit des enfants ou autres héritiers qui ont été expreſſément compris dans la convention.

Ceci ſert à l'interprétation d'une clauſe qui étoit conçue en ces termes : *Advenant le prédécès du mari, la femme & ſes enfants renonçant à la communauté, reprendront, &c.* la femme étant prédécédée, les enfants renoncerent à la communauté, & demanderent à exercer la repriſe; on leur oppoſoit, que la re-

priſe étant ſtipulée pour le cas du prédécès du mari, ce cas n'étant pas arrivé, il ne pouvoit y avoir ouverture à la repriſe; les enfants répondoient que ces termes, *advenant le prédécès du mari*, ne pouvoient ſe rapporter qu'à la femme, à qui par cette clauſe la repriſe en renonçant étoit accordée, *advenant le prédécès du mari;* mais à leur égard, ayant été auſſi compris dans la convention, la repriſe doit être cenſée leur être accordée pour le cas du prédécès de la femme, leur mere, puiſque c'eſt le ſeul cas qui pouvoit donner ouverture à leur profit à la convention: ſur ces raiſons, la repriſe leur fut adjugée par arrêt du 13 Décembre 1641, rapporté par Brodeau ſur Louet, Lettre F. *ch.* 28, *n.* 3.

§. I I.

Au profit de qui la diſſolution de Communauté donne-t-elle ouverture à la convention pour la repriſe de l'apport.

384. Quoique ce ſoit un principe général pour toutes les conventions, que nous ſommes cenſés avoir ſtipulé pour nos héritiers tout ce que nous avons ſtipulé pour nous: *Qui ſibi paciſcitur*,

sibi heredique suo paciscitur. (Traité des Obligations, *n.* 63, & suivants;) néanmoins, par une exception à ce principe général, la convention dont nous traitons étant d'un droit très-étroit; lorsqu'une femme a stipulé, qu'arrivant la dissolution de communauté, elle pourroit en y renonçant reprendre franchement ce qu'elle y a apporté, elle est censée n'avoir stipulé cela que pour elle seule & non pour ses héritiers, s'ils ne sont pas expressément compris dans la convention, soit en les y nommant, soit en s'expliquant de maniere qu'on ne puisse douter de la volonté que les parties ont eue de les y comprendre; en conséquence, lorsqu'il est dit simplement que la future en renonçant à la communauté, reprendra franchement ce qu'elle y a apporté; si dans ce cas, la communauté vient à se dissoudre par le prédécès de la femme, ses héritiers n'étant point expressément compris dans la convention, ne pourront exercer la reprise; & en renonçant à la communauté, ils y laisseront tout ce qui y a été apporté par la femme, sans qu'ils puissent reprendre autre chose que ce qui a été réservé propre.

Les enfants avoient néanmoins prétendu

tendu autrefois devoir être censés tacitement compris dans cette convention; mais les Arrêts rapportés par Louet & Brodeau, *L. f. n.* 28, & par les autres Arrêtistes, ont jugé qu'ils n'y étoient pas plus compris que les autres héritiers, si les parties ne s'en étoient pas expliquées par la convention.

385. Ce principe, que la femme est censée avoir stipulé pour elle seule le droit de reprendre en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté, & non pour ses enfants ou autres héritiers, s'ils ne sont expressément compris dans la convention, a lieu non-seulement lorsque la clause est conçue en ces termes: *La future pourra, &c.*; ou, *il sera permis à la future, &c.* il a lieu même dans le cas où la clause auroit été conçue en termes impersonnels. C'est ce qui a été jugé par un Arrêt du 19 Février 1604, rapporté par la Thaumassiere en ses questions, *centur.* 72. Dans l'espece de cet Arrêt, la clause étoit conçue en ces termes: *Avenant dissolution de communauté, en cas de rénonciation à la communauté, reprise sera faite de tout ce que la femme y aura porté:* la dissolution de communauté étant arrivée par le prédécès de la femme, l'ar-

rêt débouta les enfants de la reprise de l'apport qu'ils vouloient exercer en renonçant à la communauté.

386. Pour que la femme puisse rendre transmissible par son prédécès à ses héritiers, le droit qu'elle a stipulé par cette convention, de reprendre en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté, il faut qu'elle les comprenne expressément dans la convention ; en ce cas, lorsque par son prédécès, elle laisse des héritiers de la qualité de ceux compris dans la convention, elle leur transmet ce droit par son prédécès, & il se fait par son prédécès, ouverture à ce droit au profit desdits héritiers qui peuvent l'exercer, de même que l'eût exercé la femme, si le droit eût été ouvert de son vivant, par le prédécès du mari, ou par une séparation.

Mais si la femme, par son prédécès qui a dissous la communauté, n'a laissé que des héritiers qui ne sont pas de la qualité de ceux qui sont compris dans la convention; *putà*, si la reprise a été stipulée au profit de la future & de ses enfants, & qu'elle ne laisse pour héritiers que des collatéraux, elle ne transmet pas auxdits héritiers le droit qu'elle a stipulé de reprendre en renonçant à la

communauté, ce qu'elle y a apporté; & la convention devient caduque.

387. On comprend assez souvent les enfants dans cette convention; c'est ce qui se fait par ces termes : *La future & ses enfants pourront, &c.*; ou *la future & les siens*; ou *la future & ses hoirs, &c.* car ces termes, *siens*, *hoirs*, dans ces clauses qui sont de droit étroit, ne comprennent que les héritiers de la ligne descendante, c'est-à-dire, les enfants. C'est ce que nous avons déja observé, *suprà*, *n.* 328, par rapport aux propres conventionnels.

Au reste, ces termes, *enfants*, *siens*, *hoirs*, comprennent non-seulement les enfants du premier dégré; mais ceux de tous les dégrés. Le terme *enfants*, dans notre langue, répond au terme latin; *liberi*: or, la Loi 220, ff. *de verb. sign.* nous apprend que : *Liberorum appellatione nepotes & pronepotes cæterique qui ex his descendunt, continentur.* Il n'y a aucune raison de croire que les parties dans cette clause, se soient écartées de cette signification ordinaire du terme *enfants*, l'affection qu'on a pour ses petits-enfants, étant la même qu'on a pour ses propres enfants.

Ces raiſons me paroiſſent déciſives contre l'opinion de Lebrun, qui reſtreint dans cette clauſe le terme *enfants*, à ceux du premier dégré.

Ces termes comprennent auſſi tous les enfants de la femme, non-ſeulement ceux qui naîtront du mariage; mais pareillement ceux qu'elle a des mariages précédents. Néanmoins, s'il étoit dit: *La future, & ſes enfants qui naîtront du mariage, pourront reprendre*, &c. ces termes *qui naîtront du mariage*, excluroient de la convention ceux des précédents mariages, ſuivant la regle: *incluſio unius, eſt excluſio alterius;* c'eſt pourquoi dans ce cas, ſi la femme par ſon prédécès qui a diſſous la communauté, n'a laiſſé pour ſes héritiers que des enfants de ſes précédents mariages, il n'y aura pas ouverture à la repriſe pour les héritiers.

Obiter nota: mais lorſque la femme a laiſſé un enfant du mariage, ceux des précédents mariages profitent de la repriſe qui a été ouverte au profit de cet enfant avec qui ils la partagent; cet enfant ne devant pas être plus avantagé qu'eux dans la ſucceſſion de la mere commune; & étant en conſéquence obli-

gé à leur faire rapport de l'avantage que lui a fait sa mere, en stipulant la reprise à son profit.

388. Voici une espece, dans laquelle on a jugé que ces termes, *qui naîtront du mariage*, n'excluoient pas les enfants des précédents mariages, dans le cas auquel la femme n'en avoit laissé aucun de ce mariage. La clause étoit conçue en ces termes : « Il sera permis à la » future épouse & aux enfants qui naî- » tront du mariage, même à ses héri- » tiers collatéraux, d'accepter ou de » renoncer à la communauté, auquel » cas de rénonciation reprendront fran- » chement & quittement tout ce qu'elle » aura apporté, *&c.* » Par arrêt du mois d'Août 1685, rapporté par Berroyer *t.* 1 des arrêts de Bardet, *L.* 2, *chap.* 11, nonobstant ces termes, *qui naîtront du mariage*, on adjugea la reprise à un enfant d'un précédent mariage : la circonstance de la reprise accordée dans cette clause, *même aux héritiers collatéraux*, fit présumer que les parties par ces termes, *aux enfants qui naîtront du mariage*, n'avoient pas entendu exclure les enfants du mariage précédent, qui étoient infiniment plus chers à la femme que ses parents collatéraux, pour les-

quels elle avoit ſtipulé la repriſe.

389. Par la même raiſon, ſi la convention étoit conçue en ces termes: *La future & ſes héritiers collatéraux* pourront en renonçant à la communauté, reprendre ce qu'elle y a apporté; je penſerois qu'on doit entendre la clauſe comme s'il y avoit *& ſes héritiers*, MÊME *collatéraux*, & regarder en conſéquence les enfants comme compris dans la convention; car il ne peut tomber ſous le ſens que ce que les parties ont bien voulu accorder à tous les héritiers collatéraux de la femme, elles l'aient refuſé à leurs propres enfants qui leur ſont infiniment plus chers.

Je ſais qu'il y a pluſieurs Auteurs qui ſont d'avis contraire; Lebrun, *Traité de la Comm. Liv.* 3, *ch.* 2, *ſect.* 2, *d.* 5, *n.* 12; Lemaître; Dupleſſis, *&c.* mais je ne puis déférer à leur avis.

Envain oppoſent-ils que la convention étant de droit étroit, les enfants ne peuvent être cenſés compris dans la convention, qu'ils n'y ſoient expreſſément compris. La réponſe eſt, que pour que les enfants ſoient expreſſément compris dans la convention, il n'eſt pas préciſément néceſſaire qu'ils y ſoient nommés; il ſuffit que les parties ſe ſoient par les

termes de la convention, expliquées de maniere, qu'il n'y eût pas lieu de douter raisonnablement de la volonté qu'elles ont eue de les y comprendre; or, les parties en comprenant dans la convention, même leurs héritiers collatéraux, ne laissent aucun lieu de douter de la volonté qu'elles ont eue d'y comprendre, à plus forte raison, leurs enfants. L'Arrêt qui est le 112^e^ du Recueil de Montholon, & qu'on oppose contre notre opinion, n'a aucune application à la question. Dans l'espece de cet arrêt, il étoit dit : *La femme survivante son mari sans enfants, aura tout ce qu'elle a apporté en renonçant à la communauté; & si elle prédécede sans enfants, le mari sera quitte, & reprendront les collatéraux tout ce qu'elle aura apporté, sans prendre par eux aucune chose en ladite communauté:* la femme étant prédécédée, & ayant laissé pour héritier un enfant, cet enfant prétendit avoir droit de reprendre en renonçant à la communauté, ce que sa mere y avoit apporté : il en fut débouté par l'Arrêt, & avec raison; car il est évident dans cette espece, que les enfants n'étoient compris dans aucune des parties de cette clause; si on accordoit par la seconde partie de la clause

aux héritiers collatéraux de la femme, le droit de reprendre tout ce qu'elle avoit apporté, c'est par une raison qui leur étoit particuliere; on leur accordoit cela comme une récompense de ce qu'ils étoient restreints à cela pour tout droit de communauté, & privés de pouvoir prétendre aucune part dans tous les gains & profits de la communauté, si elle eût prospéré; mais les enfants qui auroient participé à la bonne fortune, & auroient eu moitié dans tous les gains, profits, & acquisitions, si la communauté eût prospéré, doivent aussi dans le cas contraire, participer à la mauvaise fortune, & perdre en renonçant à la communauté, ce que leur mere y a apporté.

390. Lorsque la femme a stipulé qu'elle & ses héritiers collatéraux pourroient reprendre en renonçant à la communauté, ce qu'elle y a apporté, doit-on sous-entendre, comme compris dans la convention, non-seulement les enfants, mais pareillement à défaut d'enfants, les pere & mere, & autres héritiers de la ligne directe ascendante de la femme? Je le pense, car nos parents de la ligne directe ascendante nous étant plus chers que des collatéraux, & étant plus or-

dinaire de ſtipuler cette repriſe pour les pere & mere de la femme que pour ſes collatéraux, il y a tout lieu de préſumer que les parties en étendant la convention de la repriſe de l'apport juſqu'aux héritiers collatéraux, ont entendu, à plus forte raiſon, comprendre dans la convention, les parents de la ligne directe aſcendante.

Quelque étendue que ſoit la convention pour la repriſe de l'apport en renonçant à la communauté, lorſqu'on y a expreſſément compris, même les héritiers collatéraux de la femme, elle n'a pas néanmoins encore en ce cas la même étendue que les conventions ordinaires; car dans les conventions ordinaires, ce qu'une perſonne ſtipule, elle eſt cenſée le ſtipuler pour elle & pour ſa ſucceſſion, en tant qu'elle eſt ſa ſucceſſion ſimplement, ſoit qu'elle doive être acceptée, & quelles que ſoient les perſonnes qui l'accepteront, ſoit qu'elle doive être jacente : au contraire, la convention pour la repriſe de l'apport en renonçant à la communauté, étant une convention d'une nature particuliere, par laquelle la femme qui ſtipule cette repriſe, eſt cenſée ne la ſtipuler que pour elle, & pour ceux qu'elle

a expressément compris dans la convention; c'est une conséquence, que lorsqu'elle y a compris expressément, même ses héritiers collatéraux, elle n'a pas même, en ce cas, stipulé pour sa succession simplement, en tant qu'elle est sa succession; mais seulement pour sa succession, en tant qu'elle sera acceptée par quelqu'un de ses parents : c'est pourquoi si après sa mort sa succession est jacente, le curateur à sa succession jacente ne pourra exercer la reprise.

Par la même raison, si ne s'étant trouvés aucuns parents de la femme, & son mari s'étant trouvé incapable de lui succéder, *putà*, parce que c'est un étranger non naturalisé; le Seigneur Haut-Justicier à qui la succession de la femme a été déférée, ne pourra exercer la reprise que la femme n'a stipulée que pour elle & pour ses héritiers qui seroient de sa parenté.

391. On a agité la question, si dans l'espece suivante, les enfants doivent être censés compris dans la convention pour la reprise de l'apport de la femme, la clause étant conçue en ces termes : » En cas de prédécès, sera permis à la » future épouse, & à ses enfants issus du » futur mariage SEULEMENT, de renoncer

» à la communauté, ou icelle accepter ; » & en cas de rénonciation, reprendra » ladite future épouse, tout ce qu'elle » aura apporté ; *&c.* » La femme étant morte la premiere, & ayant laissé un enfant pour héritier, le subrogé tuteur renonça pour l'enfant à la communauté, & demanda la reprise de ce que sa mere y avoit apporté : le pere pour s'en défendre, disoit que l'enfant étoit bien compris dans la premiere partie de la clause qui permettoit la rénonciation à la communauté ; mais qu'il n'étoit pas compris dans la seconde partie qui accorde la reprise de l'apport, en cas de rénonciation ; c'est, dit-on, ce qui paroît par les termes dont cette seconde partie de la clause est conçûe : *Et en cas de rénonciation, reprendra ladite future*, &c. Ces termes, qui sont au singulier, *reprendra ladite future*, ne comprennent que la femme ; pour que les enfants y fussent compris, il auroit fallu dire, *Et en cas de rénonciation reprendront ;* ou bien, *& en cas de rénonciation reprendra.* On disoit au contraire pour l'enfant, que les deux parties de la clause étoient tellement connexes, & avoient une telle relation, qu'il suffisoit que les enfants fussent compris dans la premiere partie

de la clause, pour qu'ils dussent être sous-entendus dans la seconde; la simple faculté de renoncer à la communauté, étant une faculté qu'ont tous ceux qui succedent aux droits de la femme tels qu'ils soient, & qui n'a pas besoin d'être stipulée; ces termes de la clause, *sera permis à la future épouse & à ses enfants issus du futur mariage* SEULEMENT, *de renoncer à la communauté*, &c. ne doivent pas s'entendre d'une simple faculté de renoncer telle qu'elle est de droit commun, & qui n'a pas besoin d'être stipulée; mais d'une faculté de renoncer telle qu'elle étoit énoncée dans la suite de la clause, & à laquelle étoit attaché le droit de reprendre l'apport de la femme en renonçant. C'est ce que prouve évidemment le terme *seulement*, employé dans cette clause, lorsqu'il y est dit, *sera permis à la future épouse & à ses enfants issus du futur mariage* SEULEMENT, *de renoncer*, &c. Il est évident que la faculté de renoncer, que les parties restreignent aux enfants issus du mariage, par ce terme *seulement*, est la faculté de renoncer, à laquelle est joint le droit de reprendre l'apport, & non la simple faculté de renoncer, telle qu'elle a lieu de droit commun; ce n'est que le

droit de reprendre l'apport en renonçant, qu'on a refusé aux autres héritiers & successeurs de la femme ; on n'a pas voulu leur interdire la faculté de se décharger des dettes de la communauté en y renonçant & y laissant ce qui y a été mis ; on ne doit donc pas dire que dans cette espece, les enfants ne sont pas compris dans la convention pour la reprise de l'apport en renonçant, sous le prétexte, que par les derniers termes de la clause, il est dit simplement, *en cas de renonciation, reprendra ladite future*, &c. sans dire que les enfants reprendront pareillement ; car il suffit, pour que cela doive se sous-entendre, que les enfants aient été expressément compris dans le commencement de la clause, qui ne renferme autre chose dans tout ce qu'elle contient, que la faculté accordée aux personnes qui y sont comprises, de reprendre l'apport de la femme, en renonçant à la communauté.

Sur ces raisons, est intervenu l'Arrêt du 27 Février 1629, qui dans la présente espece a accordé à l'enfant héritier de sa mere, la reprise de l'apport de sa mere en renonçant à la communauté ; il est rapporté au tome premier du Journal des Audiences, *liv.* 1, *chap.*

21, & dans le Recueil de Bardet, *tom. premier*, *liv.* 2, *chap.* 11.

392. Lebrun, *Trait. de la Comm. l.* 3, *ch.* 2, *sect.* 2, *d.* 5, *n.* 11, rapporte une autre espece : il étoit dit par un contrat de mariage, « Sera loisible à la » future épouse, en cas qu'elle survive, » de renoncer; & en ce faisant, repren- » dre franchement & quittement ce » qu'elle a apporté; & en cas qu'elle » prédécede, *ladite* faculté de renoncer » sera transmissible aux enfants qu'elle » laissera du mariage; & à leur défaut, » à ses héritiers collatéraux ». Le cas du prédécès de la femme étant arrivé, Lebrun, consulté sur cette espece, décida que les enfants ne pouvoient prétendre la reprise en renonçant, & que la faculté de renoncer, dont il étoit parlé dans la seconde partie de la clause, ne devoit être entendue que de la simple faculté de renoncer à la communauté, telle que la Coutume l'accorde. La raison qui peut faire adopter l'avis de Lebrun sur cette espece, est qu'étant une chose insolite d'accorder indistinctement aux héritiers collatéraux de la femme, le droit de reprendre en renonçant, ce qu'elle a apporté, il y a lieu de croire que la faculté de renoncer, dont il est

parlé dans la seconde partie de la clause, & qui est accordée même aux héritiers collatéraux, n'est autre chose que la simple faculté de renoncer, que la Coutume accorde à tous les successeurs de la femme pour se décharger des dettes. Mais s'il n'eût pas été parlé dans cette partie de la clause, des héritiers collatéraux, & qu'il eût été dit simplement, *ladite faculté de renoncer sera transmissible aux enfants*, je crois que cela devroit s'entendre de la faculté de renoncer, dont il a été parlé dans la premiere partie de la clause, à laquelle est joint le droit de reprendre en renonçant, ce que la femme a apporté. C'est le sens que présentent ces termes, LADITE *faculté*.

§. III.

Lorsque la convention pour la reprise de l'apport de la femme, a été ouverte, soit au profit de la femme, soit au profit de ses héritiers compris dans la convention, par qui l'action qui en résulte peut-elle être exercée ?

393. Lorsque la convention pour reprendre en renonçant, ce que la femme a apporté en communauté, a été

ouverte au profit de la femme, soit par le prédécès de son mari, soit par une séparation ; l'action qui naît de cette convention pour exiger du mari ou de ses héritiers en renonçant à la communauté, ce que la femme y a apporté, peut être exercé, non-seulement par la femme, au profit de qui le droit qui naît de cette convention, a été ouvert ; elle peut pareillement être exercée par toutes les personnes qui ont succédé aux droits de cette femme, ou qui ont droit d'exercer ses droits.

Envain opposeroit-on que le droit qui naît de la convention pour la reprise de l'apport en renonçant, est un droit personnel à la femme; il n'est personnel qu'en ce sens, qu'il ne se peut faire ouverture à ce droit, qu'au profit de la seule personne de la femme, par la dissolution de communauté qui arrive de son vivant; & que lorsque la dissolution arrive par son prédécès, il ne peut y avoir ouverture au profit des héritiers de la femme, au droit qui naît de cette convention, s'ils ne sont eux-mêmes compris dans la convention. Mais lorsqu'une fois le droit qui naît de cette convention, a été ouvert au profit de la femme, c'est un droit qui

lui est acquis en pleine propriété, dont elle peut disposer, & qu'elle transmet dans sa succession, de même que tous ses autres biens. C'est pourquoi l'action qui résulte de ce droit, peut être exercée par ses héritiers ou autres successeurs. Elle transmet ce droit à ses héritiers, quand même elle seroit morte avant que de s'être expliquée si elle entendoit accepter ou renoncer à la communauté; & il a été jugé en conséquence, par Arrêt du 2 Juillet 1716, rapporté par l'Auteur du Traité des Contrats de Mariage, que ses héritiers étoient en ce cas, reçus à exercer l'action pour la reprise de son apport, en renonçant à la communauté, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 380.

Il en est de même de ses autres successeurs, tel que seroit son légataire universel, comme Lebrun en convient, *Tr. de la Comm.*, *l.* 3, *ch.* 2. *sect.* 2, *d.* 5, *n.* 17.

394. Par la même raison, le droit qui naît de la convention pour la reprise de l'apport de la femme en renonçant à la communauté, ayant été ouvert au profit de la femme; les créanciers de la femme doivent être reçus à exercer l'action qui en naît pour la reprise de

l'apport de la femme. C'eſt mal-à-propos que Lebrun, *ibidem*, diſtingue ſi c'eſt du vivant de la femme, ou depuis la mort de la femme qui eſt morte après que le droit a été ouvert à ſon profit, que les créanciers de la femme demandent à exercer pour elle cette repriſe : cette diſtinction n'a aucun fondement ; des créanciers ſont reçus, ſoit du vivant, ſoit après la mort de leur débiteur, à exercer tous les droits qui appartiennent à leur débiteur ou à ſa ſucceſſion.

Il y a plus : quand même la femme au profit de qui le droit de reprendre ſon apport en renonçant, a été ouvert par le prédécès de ſon mari, auroit en fraude de ſes créanciers, & pour favoriſer ſes enfants débiteurs de cette repriſe, accepté une communauté mauvaiſe, & ſe ſeroit par-là privée de ſon droit, qui ne lui eſt accordé qu'en renonçant à la communauté ; les créanciers de la femme devroient, en faiſant déclarer nulle & frauduleuſe l'acceptation que leur débitrice a faite de la communauté, être admis à y renoncer pour elle, & à exercer la repriſe de ſon apport qu'elle a droit d'exercer en y renonçant : c'eſt une ſuite de ce principe de notre Juriſprudence, qu'un

débiteur ne peut, en fraude de ses créanciers, se désister des droits qui lui sont acquis : c'est pour cela, que lorsqu'un débiteur a renoncé, en fraude de ses créanciers, à une succession avantageuse, ses créanciers sont admis dans notre Jurisprudence contre la subtilité du Droit Romain, à exercer les droits de leur débiteur dans cette succession, en faisant déclarer nulle & frauduleuse la renonciation qu'il y a faite.

395. Lorsque par le prédécès de la femme, le droit de reprendre l'apport de la femme en renonçant à la communauté, a été ouvert au profit de l'héritier de la femme qui étoit compris dans la convention; non-seulement ledit héritier, au profit de qui le droit a été ouvert, peut exercer l'action qui naît de ce droit; les héritiers & autres successeurs de cet héritier, & pareillement les créanciers de cet héritier le peuvent de même que lui.

396. Si cet héritier compris dans la convention, au profit de qui le droit de reprendre l'apport de la femme en renonçant à la communauté, a été ouvert par le prédécès de la femme, avoit accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, & qu'il fît ensuite abandon

de la ſucceſſion aux créanciers de la ſucceſſion pour ſe décharger des dettes; ce droit de reprendre l'apport de la femme, étant un droit qui a été ouvert au profit de cet héritier, & qui lui a été acquis en ſa qualité d'héritier de la femme compris dans la convention, qu'il tient par conſéquent de la ſucceſſion de la femme, il doit être compris dans l'abandon qu'il fait aux créanciers de cette ſucceſſion, de tous les biens & droits de cette ſucceſſion; les créanciers de la ſucceſſion de la femme, à qui il a fait l'abandon, peuvent donc exercer l'action qui naît de ce droit.

397. Ces principes ſervent à décider la queſtion : s'il y a ouverture au droit qui naît de la convention de reprendre l'apport de la femme en renonçant à la communauté, lorſque la femme eſt prédécédée, en laiſſant pour ſon héritier un enfant ou autre parent expreſſément compris dans la convention; & pour légataire univerſel, une autre perſonne qui n'y eſt pas compriſe? Lebrun, *ibid.* *n.* 17, prétend qu'il n'y a pas en ce cas ouverture au droit de repriſe, ni au profit de l'héritier, quoique compris dans la convention, parce que le legs univerſel fait à une autre perſon-

ne, l'empêche d'en pouvoir profiter; ni au profit du légataire universel, parce qu'il n'est pas compris dans la convention.

Il faut dire au contraire, conformément à nos principes, que si l'héritier de la femme accepte la succession, cet héritier étant de la qualité de ceux auxquels, aux termes de la convention, ce droit est transmissible, il s'ensuit que ce droit a été ouvert au profit de cet héritier, & lui a été acquis; ce qui suffit pour que cet héritier le fasse passer, ainsi que tous les autres biens & droits de la succession, au légataire universel par le saisissement & la délivrance de son legs universel,

Le légataire universel, après avoir été saisi de son legs, peut donc exercer l'action qui naît de ce droit, comme l'eût pu faire l'héritier, au profit duquel il a été ouvert, & au lieu duquel est le légataire universel.

On opposera peut-être que c'est un principe, que les choses léguées sont censées passer directement de la personne du défunt en celle du légataire; ce droit n'a donc pu, dira-t-on, être ouvert au profit de l'héritier, & acquis à cet héritier pour passer de lui au légatai-

re univerſel : la réponſe eſt, que ce n'eſt que par une fiction que les biens & les droits de la ſucceſſion ſont cenſés paſſer directement au légataire ; dans la vérité, ils paſſent d'abord à l'héritier, pour de lui, paſſer au légataire ; c'eſt ce que prouve la regle : *le mort ſaiſit le vif, ſon plus prochain héritier ;* c'eſt ce qui eſt renfermé dans l'eſſence du titre d'héritier, qui n'eſt autre choſe que le ſucceſſeur à tous les droits du défunt : *ſucceſſor in univerſum jus defuncti.* La fiction qui fait réputer les choſes léguées, comme paſſées directement du défunt au légataire, étant une fiction qui n'eſt établie qu'en faveur du légataire pour certains effets, elle ne peut être rétorquée contre lui & à ſon préjudice, ni empêcher par conſéquent que le droit de repriſe n'ait été ouvert au profit de l'héritier, & n'ait paſſé de l'héritier à lui ; *quod in favorem alicujus introductum eſt, non debet contrà eum retorqueri :* à ces raiſons, qui ſont les raiſons fondamentales de notre opinion, & qui ſont priſes dans la nature des choſes, on peut encore ajouter une raiſon d'inconvénient, qui eſt que dans l'opinion de Lebrun, la femme auroit une voie ouverte pour avantager ſon mari, en faiſant un léga-

taire universel pour décharger son mari de la reprise stipulée au profit de l'héritier. Enfin, notre opinion a été confirmée par un Arrêt de 1711, rapporté par l'Annotateur de Lebrun.

398. Il y a des Auteurs qui ont donné dans une autre extrémité, en soutenant que lorsqu'une femme a laissé un héritier compris dans la convention, & un légataire universel; ce légataire universel peut exercer la reprise, même dans le cas auquel l'héritier auroit renoncé à la succession, & qu'on ne doit pas avoir égard à cette renonciation, comme faite en fraude du legs universel. Cette opinion ne me paroît pas soutenable : le droit de reprendre l'apport de la femme en renonçant, étoit un droit qui étoit transmissible dans sa succession à cet héritier, comme compris dans la convention; mais ce droit étant un droit de la succession, il ne peut lui être transmis, ni ouvert à son profit, s'il n'accepte pas la succession : le légataire ne peut donc en ce cas exercer la reprise, ne le pouvant ni de son chef, puisqu'il n'est pas compris dans la convention, ni du chef de cet héritier au profit de qui le droit n'a pu être ouvert, puisqu'il a renoncé à la succes-

sion. Quant à ce qu'on dit, qu'on ne doit pas avoir égard dans cette espece à la renonciation de cet héritier, comme faite en fraude du légataire universel; la réponse est qu'un débiteur ne peut à la vérité, renoncer en fraude de ses propres créanciers à une succession avantageuse qui lui est déférée, avec laquelle il eût pu s'acquitter envers eux en tout ou en partie de ce qu'il leur doit : mais dans cette espece, l'héritier en renonçant à la succession, ne commet aucune fraude envers le légataire universel, dont il n'est pas le débiteur.

§. IV.

Quelles choses sont l'objet de cette convention.

399. La convention par laquelle la femme stipule la reprise de ce qu'elle a apporté en communauté en cas de renonciation à la communauté, étant une convention de droit étroit, elle doit être étroitement renfermée dans les bornes des termes dans lesquels elle est conçue, & elle ne peut être étendue d'une chose à une autre.

C'est pourquoi, lorsqu'il est dit simplement

plement par la convention, que la femme en renonçant à la communauté, reprendra ce qu'elle a apporté, la convention ne renferme que ce qu'elle a apporté à la communauté en se mariant; elle ne s'étend pas à ce qu'elle y a fait entrer depuis par les successions ou donations qui lui sont advenues durant le mariage.

Lorsqu'on veut que la femme ait aussi la reprise de ces choses, on ne se contente pas de dire que la femme reprendra ce qu'elle a apporté en communauté; on ajoute ces termes : *& tout ce qu'elle y aura fait entrer depuis pendant le mariage*; ou bien ceux-ci : *& tout ce qui y sera entré à cause d'elle*; ou autres semblables.

400. Dans l'espece d'un Arrêt du 12 Août 1731, rapporté par Bardet, *tom.* 1, *l.* 4, *ch.* 45, la future avoit été dotée par ses pere & mere d'une somme de 36000 livres, & il étoit dit : *la future épouse renonçant à la communauté, reprendra les 36000 livres par elle apportées en dot, & tout ce qu'elle montrera avoir apporté de plus* : la Cour jugea que ces termes, *tout ce qu'elle montrera avoir apporté de plus*, comprenoient la reprise d'un legs qui lui avoit été fait

durant le mariage par un étranger. En effet, ces termes ne permettoient pas de borner la convention à ce que la femme avoit apporté en se mariant, puisque n'y ayant apporté qu'une somme fixe & certaine de 36000 livres, il étoit dit qu'elle reprendroit *ce qu'elle montrera avoir apporté de plus* : ces termes ne peuvent s'entendre que de ce qui lui seroit advenu pendant tout le temps qu'a duré la communauté, par succession, don ou legs.

401. Par un Arrêt du 18 Juin 1687, rapporté au second tome du Journal du Palais, il a été jugé que cette clause; la future en renonçant à la communauté, *reprendra franchement tout ce qu'elle se trouvera y avoir apporté*, ne comprenoit que ce que la femme y avoit apporté en se mariant, & ne s'étendoit pas à un legs qui lui avoit été fait durant le mariage.

Lebrun, *Tr. de la Comm.*, *l.* 3, *ch.* 2, *s.* 2, *d.* 5, *n.* 37, n'approuve pas la décision de ce dernier Arrêt : il pense que dans la convention de reprise, ces termes, *ce qu'elle se trouvera avoir apporté*; ou ceux-ci, *ce qu'elle aura apporté*, étant au temps futur, ne se réferent pas au temps auquel a commencé la com-

munauté, mais au temps futur de la dissolution de la communauté; & qu'ils comprennent par conséquent, non seulement ce que la femme a fait entrer en communauté en se mariant, mais tout ce qu'elle y a fait entrer jusqu'au temps de la dissolution de communauté, pendant tout le temps qu'elle a duré; cela paroît effectivement être assez le sens de ces termes qui sont au temps futur.

402. Quelquefois par la convention, par laquelle la femme stipule le droit de reprendre, en renonçant, ce qu'elle a apporté à la communauté; il est dit que ce sera sous la déduction d'une certaine somme que le mari pourra retenir pour l'indemniser des frais de noces. Lebrun, *Tr. de la Comm.*, *l.* 3, *ch.* 2, §. 2, *d.* 5, *n.* 28, demande au sujet de cette clause, si la dissolution de communauté étant arrivée par le prédécès du mari, les héritiers du mari débiteurs de la reprise envers la femme, ont le droit de retenir sur cette reprise la somme qu'eût pu retenir le mari? Il est sans difficulté qu'ils le peuvent; la femme ne peut pas exiger d'eux plus que ce qu'elle a stipulé: or, elle n'a pas stipulé la reprise de tout ce qu'elle a apporté, mais seulement la reprise de ce

qu'elle a apporté, ſous la déduction d'une certaine ſomme; elle ne peut donc demander la repriſe de ſon apport que ſous la déduction de cette ſomme ; les héritiers d'un défunt ne peuvent être débiteurs, en cette qualité d'héritiers, de plus que de ce dont le défunt étoit débiteur ; or le mari n'étoit pas débiteur de la repriſe de tout l'apport, mais ſeulement de la repriſe de l'apport ſous la déduction d'une certaine ſomme : ſes héritiers ne doivent donc pareillement être tenus de la repriſe de l'apport que ſous la déduction de cette ſomme.

403. Aſſez ſouvent la femme par cette convention, ſtipule pour elle ſans aucune déduction la repriſe de tout ſon apport, & elle ſtipule pour ſes héritiers compris dans la convention, la repriſe de cet apport ſous la déduction d'une certaine ſomme que le mari pourra retenir pour les frais de noces. Comme lorſque la clauſe eſt conçue en ces termes : *la future épouſe, en cas de renonciation à la communauté, reprendra ce qu'elle y a apporté : ſes enfants, & à défaut de ſes enfants, les pere & mere le reprendront pareillement, mais leſdits pere & mere ne le reprendront que ſous la déduction de la ſomme de tant ;* la diſſolu-

tion de communauté est arrivée par le prédécès du mari, & a donné ouverture au droit, au profit de la femme, laquelle est morte sans avoir pris qualité, & a laissé pour ses héritiers ses pere & mere, lesquels, en leur qualité d'héritiers de la femme, renoncent à la communauté, & demandent contre les héritiers du mari la reprise de ce que leur fille a apporté à la communauté; seront-ils obligés de souffrir la déduction de la somme portée par la convention? Non, car cette déduction n'a pas été accordée au mari dans tous les cas, mais seulement dans le cas auquel par le prédécès de la femme sans enfants, il y auroit ouverture à la reprise au profit des pere & mere de la femme; mais dans cette espece, ce n'est pas au profit des pere & mere de la femme, que le droit de reprise a été ouvert; il a été ouvert par le prédécès du mari au profit de la femme, qui l'a stipulé pour elle sans aucune déduction; ce droit lui ayant été acquis sans aucune déduction, elle l'a transmis tel qu'elle l'avoit, & par conséquent sans aucune déduction, à ses pere & mere, qui sont ses héritiers.

404. Voici une question qu'on m'a

dit s'être présentée : par un contrat de mariage, la reprise de l'apport étoit accordé aux pere & mere de la future en renonçant à la communauté, & il étoit ajouté, *& audit cas, il sera donné au mari la somme de tant pour frais de noces*; la femme laissa pour héritier son pere, pour les meubles & acquêts; & des collatéraux, pour les propres maternels : le pere qui exerçoit la reprise, prétendoit que la somme stipulée pour frais de noces; étoit une dette de la succession de la femme, à laquelle ses héritiers maternels devoient contribuer avec lui; & que ces termes, *il sera donné*, présentoient un sens différent de ceux dont on se sert ordinairement, *il sera fait déduction*. Je crois la prétention du pere mal fondée. Ces termes, *audit cas il sera donné &c.*, ne renferment autre chose qu'une charge apposée à la reprise qui est accordée aux pere & mere; or, à qui est-ce à acquitter la charge sous laquelle une disposition a été faite, si ce n'est à celui au profit de qui la disposition a été faite sous cette charge? En vain, diroit-on que ces termes ne contiennent pas tant une charge apposée à la reprise, que la dette d'une somme que la femme a contractée

envers son mari, dans le cas auquel il y auroit lieu à la reprise ; laquelle dette passe à sa succession : car quand même on accorderoit que la femme auroit contracté cette dette envers son mari, elle auroit été éteinte en même temps que contractée, par la compensation qui s'en seroit faite jusqu'à dûe concurrence avec la dette de la restitution de l'apport, que l'homme a contractée envers sa femme; deux personnes ne pouvant pas contracter réciproquement l'une envers l'autre des dettes de sommes d'argent sous une même condition, sans qu'il s'en fasse nécessairement & de plein droit, compensation jusqu'à dûe concurrence.

405. Lorsque la convention a été conçue en ces termes : *la future & ses enfants qui naîtront du mariage, reprendront ce qu'elle a apporté en communauté ; les enfants qu'elle a d'un précédent mari auront aussi cette reprise, mais sous la déduction de la somme de quatre mille livres, que le mari retiendra pour frais de noces :* la femme étant prédécédée, & ayant laissé pour héritier un enfant de ce mariage, & un autre d'un mariage précédent, au profit desquels il y a eu ouverture à la reprise, étant l'un &

l'autre compris dans la convention, on demande à l'égard de la déduction de la ſomme de quatre mille livres, dont l'enfant du précédent mariage a été chargé, s'il y a lieu à cette déduction pour le total, ou ſeulement pour partie? Lebrun, *Tr. de la Comm.*, *l.* 3, *ch.* 2, *ſ.* 2, *d.* 5, *n.* 43, rapporte quatre opinions différentes ſur cette queſtion.

La premiere, eſt que l'enfant du mariage précédent, aura la moitié de la repriſe, à la charge de faire déduction au mari, de la ſomme entiere de 4000 livres, portée par la convention. La ſeconde, eſt qu'il aura la moitié de la repriſe, à la charge de faire déduction au mari, de la moitié des 4000 livres. La troiſieme, eſt qu'il ne doit être fait aucune déduction, même par l'enfant du premier mariage, parce qu'elle réfléchiroit ſur l'enfant du ſecond lit, au profit duquel la repriſe a été ſtipulée, ſans aucune déduction. La quatrieme, que l'enfant du ſecond lit, auſſi bien que celui du premier, doivent en ce cas, faire chacun déduction pour moitié ſur leur part, de la ſomme de 4000 livres.

De ces quatre opinions, c'eſt la ſeconde qu'on doit ſuivre, & qui eſt ſui-

vie par Lebrun; elle eſt fondée ſur ce principe d'équité, que lorſqu'une diſpoſition faite au profit de quelqu'un, ſous une certaine charge, ne peut avoir lieu que pour partie; celui au profit de qui elle eſt faite, ne doit être tenu de la charge que pour la même partie. L. 43, §. 2, L. 44. §. 9, ff. *de cond. & dem.* Suivant ce principe, l'enfant du premier lit, pour qui la repriſe avoit été ſtipulée, à la charge de laiſſer 4000 livres au mari, n'ayant été héritier de ſa mere que pour moitié; la repriſe en conſéquence n'ayant été ouverte à ſon profit que pour la moitié, il ne doit être tenu que pour moitié, de la charge de laiſſer au mari 4000 livres, & il ne doit lui faire déduction que de 2000 livres; la charge de lui faire déduction de 4000 livres, ne lui étant impoſée que dans le cas auquel ſe trouvant ſeul héritier de ſa mere, par le défaut ou la renonciation des enfants du premier lit, la repriſe ſe ſeroit trouvée ouverte pour le total à ſon profit. Ajoutez que les deux parties de la convention, celle par laquelle la repriſe a été ſtipulée ſans déduction d'une ſomme de 4000 livres, & celle par laquelle elle a été ſtipulée ſans déduction, pour les enfans qui

naîtroient du mariage, doivent se concilier, & avoir chacune leur effet; mais si l'enfant du premier lit étoit obligé de faire, sur sa portion de la reprise, déduction au mari de la somme toute entiere de 4000 livres, l'enfant du second lit, qui se trouveroit par ce moyen avoir dans la succession de sa mere 4000 livres de plus que celui du premier, seroit tenu par la loi du rapport de faire raison à l'enfant du premier lit, de deux mille livres pour la moitié de ladite somme; & par ce moyen la clause par laquelle la reprise a été stipulée pour lui sans déduction, n'auroit aucun effet, & ne lui serviroit de rien, puisqu'il se trouveroit supporter de cette déduction, autant que s'il en eût été chargé, de même que l'enfant du premier lit. Cela doit faire rejetter la premiere opinion, & la quatrieme qui n'est qu'une suite de la premiere, & qui n'en differe qu'en ce qu'elle évite le circuit auquel il y auroit lieu dans la premiere.

On ne doit pas non plus suivre la troisieme opinion, qui pour trop donner d'effet à la partie de la clause par laquelle on a stipulé la reprise sans aucune déduction pour les enfans qui naî-

troient du mariage, détruit entiérement l'autre partie de la clause par laquelle on a chargé l'enfant du premier lit d'une déduction de 4000 livres, en privant le mari entiérement de cette déduction, même vis-à-vis de l'enfant du premier lit, qui en a été expressément chargé; parce que, dit-on, la déduction que feroit l'enfant du premier lit, réfléchiroit par la loi du rapport contre l'enfant du second lit, contre les termes de la clause qui lui accorde la reprise sans aucune déduction. Cette opinion me paroît vicieuse, en ce qu'elle ne concilie pas les deux parties de la clause, qui doivent l'une & l'autre avoir leur exécution : si celle qui concerne les enfans du second lit a son exécution, celle qui concerne la déduction dont l'enfant du premier lit est chargé, doit avoir aussi la sienne : elle ne l'a pas dans la troisieme opinion; mais dans la seconde que nous avons embrassée, on concilie les deux parties de la convention; celle qui concerne la déduction de la somme dont l'enfant du premier lit est chargé envers le mari, reçoit son exécution, puisqu'il lui fait cette déduction pour la même part qu'il a dans la reprise; celle qui concerne l'enfant

du second lit, pour qui la reprise a été stipulée sans aucune déduction, reçoit aussi son exécution, puisqu'il n'est fait aucune déduction au mari, pour la part que cet enfant a dans la reprise : il est vrai que l'enfant du second, supporte indirectement une partie de la déduction, en ce que par la loi du rapport, il est obligé de faire raison à l'enfant du premier, d'une somme de 1000 livres, moitié de celle de 2000 livres, qu'il se trouve avoir de plus que lui; mais ce rapport est une chose étrangere dont le mari n'est pas garant.

Il suffit pour que la clause qu'il reprendroit sans aucune déduction, ait eu son effet, qu'il n'ait été fait aucune déduction au mari de la somme de 4000 livres pour la part que l'enfant du second lit a eue dans la reprise; l'enfant du second lit en profite, en ce que s'il eût été assujetti à la déduction aussi bien que celui du premier lit, il l'auroit supportée pour 2000 livres; au-lieu que sa part n'ayant pas été sujette à la déduction, il n'en supporte que pour 1000 livres.

Observez dans l'espece proposée, que si l'enfant du second lit avoit renoncé à la succession de sa mere, celui du premier lit se trouvant par ce moyen seul

héritier, le droit de reprise seroit ouvert pour le total au profit de cet enfant du premier lit, qui devroit en conséquence faire au mari la déduction de la somme entiere de 4000 livres. *Contra vice versâ:* Si par la renonciation de l'enfant du premier lit, celui du second étoit seul héritier; la reprise ayant été stipulée pour lui sans déduction, le mari n'auroit aucune déduction à prétendre.

406. Il ne peut y avoir d'autres choses comprises dans la reprise que la femme a stipulée au profit de quelqu'un de ses héritiers, que celles auxquelles cet héritier a droit de succéder. Voici un exemple de ce principe : par un contrat de mariage, il est dit que *la future, ses enfans & ses pere & mere reprendront, en renonçant à la communauté, tout ce qu'elle y a apporté & tout ce qu'elle y aura fait entrer par les successions, dons & legs qui lui seront advenus durant le mariage;* & par une autre clause il est dit, que les successions, tant mobiliaires qu'immobiliaires, qui adviendront durant la communauté à chacun des conjoints, y entreront. La dissolution de communauté arrive par le prédécès de la femme sans enfans, qui laisse son pere pour héritier aux meubles & acquêts,

& des parents collatéraux maternels, pour les héritiers aux propres maternels; la communauté étant obérée, les différents héritiers y renoncent, le pere qui est compris dans la convention & au profit de qui par conséquent le droit de reprise est ouvert, exerce la reprise, il ne peut en l'exerçant, demander au mari que le mobilier que sa fille a fait entrer en communauté; les héritages qui sont échus à la fille durant le mariage, de la succession de sa mere, & qui au moyen de la clause que les successions seront communes, sont entrés dans la communauté, demeurent au mari; le pere n'en peut avoir la reprise, parce qu'il n'en est pas héritier, lesdits héritages étant des propres maternels; les parents maternels, qui sont héritiers aux propres maternels, ne peuvent aussi en avoir la reprise, parce que les collatéraux ne sont pas compris dans la convention.

Il en seroit autrement, si le droit de reprise avoit été ouvert au profit de la femme par le prédécès du mari, le droit de reprise tant des héritages que des meubles par elle apportés en communauté, ayant été acquis à la femme, elle le transmettroit dans sa succession;

sçavoir, le droit de reprise des meubles à son héritier au mobilier, & le droit de reprise des héritages qu'elle a eu de la succession de sa mere, à ses héritiers aux propres maternels.

407. La reprise des effets mobiliers que la femme a apportés ou fait entrer en la communauté, ne se fait pas en nature; le mari ou ses héritiers sont pour cette reprise, lorsqu'il y a ouverture, débiteurs de la somme que lesdits effets valoient, lorsque la femme les a apportés ou fait entrer en la communauté; on suit à cet égard l'estimation qui en a été faite lorsque la femme les a apportés ou fait entrer en la communauté. La femme, ou les héritiers au profit de qui la reprise est ouverte, ont seulement sur lesdits effets qui se trouveroient en nature lors de la dissolution de la communauté, un privilége sur tous les autres créanciers du mari, pour le paiement de la somme due pour la reprise.

408. Lorsque la femme a apporté à la communauté, ou y a fait entrer des dettes actives, le mari est débiteur envers la femme qui a stipulé la reprise, ou envers ses héritiers compris dans la convention, non-seulement des sommes qu'il a effectivement reçues des débiteurs,

mais de tout ce qu'il en a dû recevoir; à moins qu'il n'établisse par le rapport des diligences par lui faites contre les débiteurs, qu'il n'a pas été en son pouvoir d'en être payé. Envain opposeroit-on que le mari a le droit de perdre les effets de la communauté; car le principe souffre une exception à l'égard de ceux dont la femme a stipulé la reprise, dans le cas auquel il y a lieu à cette reprise.

409. A l'égard des héritages que la femme a apportés ou a fait entrer en communauté, lorsqu'ils se trouvent en la possession du mari ou de sa succession, au temps de la dissolution de communauté, qui a donné ouverture à la reprise, la femme ou ses héritiers doivent les reprendre en nature.

S'ils se trouvoient détériorés par le fait au la faute du mari; le mari, de même que tout débiteur de corps certain, est tenu en ce cas de la somme à laquelle seront estimées les détériorations.

Si au contraire le mari avoit fait des méliorationr, s'ils les avoit faites du consentement exprès de la femme, il devroit lui être fait raison du prix qu'elles ont coûté; s'il ne justifioit pas les avoir

faites du consentement exprès de la femme, on devroit même, en ce cas, lui faire raison de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux; ou du moins lui permettre de les enlever, en remettant l'héritage dans l'état auquel il étoit auparavant.

410. Lorsque le mari, pendant la communauté, a aliéné les héritages que la femme y a apportés, la femme qui exerce le droit de reprise de son apport, n'est pas fondée à les revendiquer contre les acquéreurs; la clause pour la reprise de l'apport doit se concilier avec la clause d'ameublissement.

L'intention des parties, dans la clause d'ameublissement, étant principalement de donner au mari la faculté de disposer des héritages ameublis par sa femme, & de les convertir en argent quand il en aura besoin; la clause de reprise de l'apport qui doit se concilier avec elle, ne doit pas priver le mari de cette faculté: c'est pourquoi, lorsque le mari use du droit qu'il avoit de vendre les héritages ameublis par sa femme, le droit de reprise de la femme doit en ce cas se convertir au droit de reprise de la somme que valoient lesdits héri-

tages lors de l'aliénation que le mari en a faite.

Lorſque le mari les a vendus ſans fraude, la ſomme pour laquelle il les a vendus, eſt cenſée être la valeur deſdits héritages, & c'eſt de cette ſomme que la repriſe eſt dûe. Mais s'il paroiſſoit que le mari a vendu héritage à vil prix, en fraude de la repriſe, ſoit pour gratifier l'acquéreur, ſoit en recevant de lui ſecrétement des deniers d'entrée, la femme qui exerce la repriſe, n'eſt point obligée en ce cas de ſe tenir au prix porté par le contrat, & elle peut la demander ſuivant l'eſtimation qui en ſera faite.

Pareillement, ſi l'héritage ameubli, lorſqu'il a été vendu, étoit en mauvais état, on doit lorſque la femme ou ſes héritiers exerceront la repriſe, leur faire raiſon de ce qu'il auroit été plus vendu, s'il eût été dans l'état dans lequel le mari devoit l'entretenir.

Quoique la clauſe de repriſe de l'apport ne doive pas priver le mari de la faculté d'aliéner les propres ameublis de ſa femme; néanmoins, comme cela pourroit être révoqué en doute, il eſt de la prudence, pour lever toute dif-

ficulté, de faire usage de la clause indiquée par l'Auteur des Contrats de Mariage, que *le futur époux pourra librement disposer de tout ce qui est ameubli, sauf, en cas de reprise de l'apport, à se pourvoir sur les biens de la communauté ou du mari, pour le prix.*

411. La femme qui exerce la reprise de ce qu'elle a apporté à la communauté, doit-elle faire déduction de ses dettes passives qu'elle avoit lors de son mariage? Lebrun, *ibidem*, *nomb.* 58, décide hardiment que, s'il n'y a pas une clause de séparation de dettes par le contrat de mariage, le mari ou ses héritiers doivent rendre à la femme qui exerce la reprise, tout l'actif qu'elle y a apporté, & que non-seulement il ne peut faire aucune déduction des dettes passives de la femme qu'il a payées, mais qu'il est même tenu de l'acquitter de celles qui ne sont pas encore payées. Cette opinion de Lebrun est évidemment injuste : par la convention qui accorde à la femme, en renonçant à la communauté, la reprise de ce qu'elle y a apporté, on ne lui accorde la reprise que de ce qu'elle a apporté *effectivement* : or la femme en apportant à la communauté l'universalité de ses biens mobiliers, n'y

a apporté d'effectif que de ce qui reste; déduction faite de ses dettes mobiliaires, qui en sont une charge : *cum bona non intelligantur nisi deducto ære alieno*; elle ne doit donc les reprendre que sous la déduction desdites dettes, autrement elle reprendroit plus qu'elle n'a apporté.

Il en seroit autrement, si la reprise n'étoit pas de l'universalité des biens que la femme a apportés en communauté; mais d'une certaine somme, ou de certaines choses. Par exemple : *la future épouse, en cas de renonciation à la communauté, reprendra la somme de* 6000 *livres, pour lui tenir lieu de ce qu'elle y a apporté*; ou bien, s'il étoit dit, *reprendra l'argenterie qu'elle y a apportée*; il n'est pas douteux, que dans l'un & l'autre de ces cas, la femme doit reprendre, sans aucune déduction, soit la somme de 6000 livres, soit la valeur de l'argenterie qu'elle a apportée en communauté.

412. Lorsqu'une femme a apporté à la communauté, du mobilier & quelque héritage qu'elle y a ameubli, la reprise qu'elle stipule de son apport, en cas de renonciation à la communauté, forme, lorsqu'elle est ouverte, une créance qui est créance mobiliaire, pour raison du

mobilier qui a été apporté en communauté ; & immobiliaire pour raison de l'héritage qui a été ameubli : c'est pourquoi si par le prédécès de la femme, le droit de reprise a été ouvert au profit d'un enfant qui meurt peu après; le droit de reprise, dans la succession de cet enfant, est pour raison du mobilier qui a été apporté en la communauté, une créance mobiliaire à laquelle le mari débiteur de cette reprise, comme héritier au mobilier de son enfant, succéde, & dont il se fait en conséquence confusion & extinction ; mais la reprise par rapport à l'héritage qui a été ameubli, étant une créance immobiliaire, est dans la succession de l'enfant, par rapport audit héritage, un propre maternel, auquel succédent les héritiers aux propres maternels de cet enfant, lesquels en leurdite qualité, ont droit de reprendre le propre ameubli.

ARTICLE VII.

De la Convention du Préciput.

413. On appelle préciput en matiere de communauté, ce que le survivant a droit de prélever sur les biens de la

communauté, lors du partage qui en est à faire.

Il y a deux especes de préciput ; le préciput légal, & le préciput conventionnel.

§. I.

Du Préciput légal.

414. Le préciput légal, est le droit que plusieurs Coutumes accordent au survivant de deux conjoints nobles, de prélever au partage qui est à faire des biens de leur communauté, les biens meubles dépendants de leur communauté, sous certaines charges.

La Coutume de Paris est du nombre de celles qui accordent ce préciput au survivant noble. Voici comme elle s'en explique en l'*art.* 238 : » Quand l'un de » deux conjoints nobles, demeurants » tant en la Ville de Paris que dehors, » vivants noblement, prédécede, il est » en la faculté du survivant de pren- » dre & accepter les meubles étant, » hors la Ville & Fauxbourgs de Paris, » sans fraude; auquel cas il est tenu » payer les dettes mobiliaires, & les » obseques & funérailles d'icelui trépas- » sé, selon sa qualité, s'il n'y a en-

» fants, & s'il y a enfants, partissent » par moitié. »

La Coutume de Paris différe des autres Coutumes qui accordent ce préciput, en ce que celle de Paris n'y fait entrer que les meubles qui sont hors la Ville & Fauxbourgs de Paris; au-lieu que les autres y font entrer indistinctement tous les meubles.

Notre Coutume d'Orléans n'accorde aucun préciput.

415. Pour qu'il y ait lieu à ce préciput légal, il faut que cinq choses concourent.

Primò. Il faut que les conjoints aient leur domicile sous une Coutume qui accorde ce préciput. La raison est que les meubles n'ayant aucune situation, ils ne peuvent être régis que par la Loi qui régit la personne à qui ils appartiennent, qui est celle de son domicile.

Est-ce au temps du contrat de mariage qu'il faut que les conjoints aient eu leur domicile, sous une Coutume qui accorde ce préciput; ou est-ce au temps du prédécès de l'un des conjoints?

Pour le temps du contrat de mariage, on dit que c'est la Loi du domicile que l'homme avoit lors du contrat de mariage, ou à défaut de contrat, lors

de la célébration du mariage, qui regle la communauté, comme nous l'avons vu, *suprà*.

Les parties sont censées être du moins virtuellement convenues d'établir entr'elles une communauté de biens, telle que la Coutume de ce domicile l'établit, suivant la regle, *in contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris & consuetudinis*: elles sont censées être virtuellemeut convenues de la composer des choses dont cette Coutume la compose, de la partager de la maniere dont elle le prescrit, & par conséquent elles sont censées convenues du préciput qu'elle accorde au survivant noble, lors de ce partage; elles ne peuvent donc plus, en transférant leur domicile ailleurs, déroger à cette convention, & le survivant de deux conjoints nobles mariés sous une Coutume qui accorde ce préciput, doit l'avoir, quoique lors de la dissolution de communauté, il ait son domicile sous une autre Coutume qui ne l'accorde pas. *Contra vice versâ.* Si lors du mariage, l'homme étoit domicilié sous une Coutume qui n'accorde pas ce préciput, le survivant ne peut pas le prétendre, quoique lors de la dissolution de communauté,

munauté ; il demeure sous une Coutume qui l'accorde ; les parties étant censées avoir établi leur communauté suivant la Coutume que l'homme avoit lors de leur mariage, laquelle ne l'accorde pas.

Au contraire, pour le temps du prédécès, on dit, que la disposition des Coutumes qui accordent au survivant de deux conjoints nobles, les meubles, n'a pas pour objet principal la matiere de la communauté; mais plutôt une espece de gain de survie, qu'elle défere au survivant de deux conjoints nobles, des meubles du prédécédé; ce gain de survie étant déféré au survivant par le prédécès de l'autre, c'est au seul temps de ce prédécès qu'il suffit que les parties soient régies par la Coutume qui le défere.

C'est l'avis de Lebrun, *Traité de la Communauté*, *l.* 3, *ch.* 2, *sect.* 1 & 4, *n.* 26, & de son Annotateur, *ibidem ;* de Bacquet, Traité des Droits de Justice, *ch.* 21, *n.* 75 ; de Lemaistre sur Paris, *&c.*

416. Lorsque par le contrat de mariage d'un noble Orléanois avec une Demoiselle de Chartres, il est dit qu'il y aura communauté entre les conjoints, selon la Coutume de Chartres, à laquelle les parties se soumettent; cette

convention suffit-elle pour que le survivant domicilié à Orléans, dont la Coutume n'accorde aucun préciput, puisse prétendre celui que la Coutume de Chartres accorde au survivant noble ? Cette question dépend de la précédente : si la disposition de la Coutume de Chartres, qui accorde au survivant de deux conjoints nobles les meubles, étoit censée avoir pour objet principal la matiere de la communauté, & de regler comment le partage doit s'en faire lors de sa dissolution ; en ce cas les parties en déclarant qu'elles se soumettent pour leur communauté à la Coutume de Chartres, devroient être censées implicitement convenues entr'elles de ce qui est porté par cette disposition, & le survivant seroit, en vertu de cette convention implicite, fondé à prétendre tous les meubles ; mais si au contraire, suivant l'opinion la plus autorisée, cette disposition qui accorde tous les meubles au survivant, quoiqu'insérée sous un titre qui traite de la communauté, n'a pas néanmoins pour objet principal, la matiere de la communauté, mais plutôt une espece de gain de survie, qu'elle défére au survivant de deux conjoints nobles ; les parties en ce cas,

en ſoumettant leur communauté à la Coutume de Chartres, ne ſont pas cenſées pour cela être convenues de ce qui eſt porté par cette diſpoſition; & le ſurvivant, qui au temps du prédécès, n'a pas ſon domicile ſous la Coutume de Chartres, ne peut profiter de la diſpotion de cette Coutume, nonobſtant la ſoumiſſion portée par le contrat de mariage à la Coutume de Chartres, pour le fait de communauté.

417. Il faut en ſecond lieu que les conjoints ſoient nobles.

Obſervez que la veuve d'un homme noble qui lui ſurvit, quoiqu'elle ſoit de naiſſance roturiere, eſt néanmoins admiſe à ce préciput des nobles : car en ſe mariant à un homme noble, elle eſt devenue participante de la nobleſſe de ſon mari.

Contra vice verſâ. Une femme de naiſſance noble, qui ſurvit ſon mari roturier, n'eſt pas admiſe à ce préciput; quoique par la diſſolution du mariage, elle recouvre ſa nobleſſe, qui n'étoit qu'éclipſée pendant le mariage. La raiſon eſt que les Coutumes requiérent la nobleſſe, non-ſeulement dans la perſonne du ſurvivant, mais dans les deux

conjoints. La Coutume dit, *quand l'un de deux conjoints nobles.*

Est-il nécessaire que les conjoints fussent nobles dès le temps qu'ils ont contracté leur mariage; ou s'il suffit qu'ils le soient lors du prédécès? Cette question dépend encore des précédentes. Si on décide dans les questions précédentes, que ce préciput ne naît d'aucune convention, au moins virtuelle entre les conjoints, lors de leur mariage, mais que c'est un simple gain de survie de la part des meubles du prédécédé, que la Coutume défére au survivant; on doit décider dans cette question, qu'il suffit que les conjoints le soient lors du prédécès de l'un d'eux, qui donne ouverture au profit du survivant à cette espece de gain de survie.

418. Il faut, en troisieme lieu, qu'il y ait eu communauté de biens entre les conjoints, qui subsiste au temps du prédécès. C'est ce qui paroît par les termes de l'*art.* 131 de l'ancienne Coutume de Paris : *Entre nobles, quand l'un de deux conjoints va de vie au trépas, le survivant peut, si bon lui semble, prendre les meubles & créances demeurées de son*

décès, & qui COMMUNS *étoient entr'eux, & dont ils jouissoient au temps d'icelui trépas.* Quoique ces termes, *& qui communs étoient*, ne se trouvent pas dans l'article de la nouvelle Coutume, ils doivent y être supposés, n'ayant été omis que pour abréger, ne paroissant pas par le procès-verbal, qu'on ait voulu faire à cet égard aucune innovation. D'ailleurs, à prendre l'article de la nouvelle Coutume tel qu'il est conçu, il paroît qu'il est dans l'espece d'une communauté subsistante au temps du prédécès, puisqu'il est dit en fin de cet article, que les meubles, *s'il y a enfans, se partissent par moitié.*

Il n'y a donc pas lieu à ce gain de survie, 1°. lorsque par le contrat de mariage il y avoit exclusion de communauté; 2°. lorsque la communauté ayant été dissoute par une séparation, ne subsistoit plus au temps du prédécès.

419. Y a-t-il lieu en cas de rénonciation à la communauté? Il est évident que lorsque c'est le mari qui a survécu, la rénonciation qui est faite par les héritiers de la femme à la communauté, fait cesser ce gain de survie; car au moyen de cette rénonciation, la femme prédécédée n'a aucune part dans

les meubles de la communauté, qui puisse être déférée au mari survivant ; il retient de son chef le total, *jure non decrescendi.*

Lorsque c'est la femme qui survit, Lebrun, *ibidem*, *n.* 28, décide, que si elle renonce à la communauté, elle ne peut prétendre ce gain de survie ; c'est aussi l'avis de Duplessis. La raison est que lorsqu'une femme a rénoncé à la communauté, elle est censée n'y avoir jamais eu aucune part ; tous les biens de la communauté demeurent au mari, *jure non decrescendi*, & sont censés n'avoir jamais été communs ; la femme qui a rénoncé ne peut donc pas prétendre ces meubles ; car les Coutumes ne déferent au survivant la succession, que des meubles *communs* entre le prédécédé & lui.

420. Il faut, en quatrieme lieu, qu'il n'y ait point d'enfans. L'*art.* 238 de la Coutume de Paris dit expressément, *pourvu qu'il n'y ait enfans, & s'il y a enfans, partissent par moitié.*

Ces termes comprennent les petits-enfans ; un enfant du prédécédé, en quelque dégré qu'il soit, fait défaillir cette condition, *pourvu qu'il n'y ait enfans. L.* 1, *cod. de condit. insert. &c.*

& exclut par conséquent le survivant.

Un posthume qui naît vivant & à terme, fait aussi défaillir cette condition: *Non intelligitur sine liberis decessisse qui prægnantem uxorem reliquit, si quis prægnantem uxorem reliquit; non videtur sinè liberis decessisse.* L. 187, ff. *de reg. jur. Intelligendus est (enim) mortis temporis fuisse qui in utero relictus est.* L. 153, ff. *de verb. signif.*

421. Pour que le survivant soit exclus par les enfans, ou l'enfant du prédécédé, il n'importe aussi que ce soit des enfans communs, ou des enfans que le prédécédé ait eu d'un précédent mariage; car ayant un droit égal aux biens du prédécédé de quelque mariage qu'ils soient nés, ils doivent avoir un droit égal d'en exclure le survivant. C'est pourquoi Dumoulin, sur ces termes de l'ancienne Coutume dit, ce qui s'entend *ex quocumque ipsius matrimonio.*

422. Il n'y a que les enfans du prédécédé qui jouissent de l'état civil, qui peuvent exclure le survivant; ceux qui lors du prédécès l'avoient déja perdu, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale, étant censés n'avoir aucune existence

dans la société civile, ne peuvent avoir le droit d'exclure le survivant.

Si l'enfant que le prédécédé a laissé, n'avoit été condamné que par contumace à une peine capitale, par un jugement exécuté avant la mort du prédécédé, le droit du survivant seroit en suspens; s'il mouroit après les cinq ans, sans s'être représenté, il seroit censé mort civilement, dès l'exécution du jugement, & il n'auroit pu, par conséquent, faire obstacle au survivant; au contraire, s'il étoit mort dans les cinq ans, le jugement de contumace rendu contre lui, étant en ce cas anéanti, la succession du prédécédé seroit censée lui avoir été déférée, & il auroit exclus le survivant.

423. Si le prédécédé n'a laissé qu'un enfant qu'il a exhérédé pour une juste cause, cet enfant quoiqu'exhérédé fait-il défaillir la condition, *pourvu qu'il n'y ait enfans?* On peut citer pour l'affirmative la Loi 114, §. 13, ff. *de leg.* 1°. où il est dit : *quum erit rogatus, si sinè liberis decesserit fideicommissum restituere, conditio defecisse videbitur si patri supervixerint liberi; nec quæritur an heredes extiterint.* Pour la négative, on peut dire au contraire, que la Coutume par ces

termes, *pourvu qu'il n'y ait enfans*, n'a entendu parler que des enfans capables de ſuccéder au prédécédé; car elle n'a apporté cette condition, que parce qu'elle a voulu préférer au ſurvivant les enfans du prédécédé, pour la part que le prédécédé avoit dans les meubles communs; mais elle n'a entendu lui préférer que ceux qui étoient capables d'y ſuccéder, & non celui que l'exhérédation en a rendu incapable.

424. Il n'en eſt pas de même de l'enfant qui a renoncé à la ſucceſſion du prédécédé : il ſuffit pour faire défaillir la condition, *pourvu qu'il n'y ait enfans*, que le prédécédé ait laiſſé un enfant à qui la ſucceſſion ait été déférée, & qui ait pu la recueillir.

425. Lorſque le prédécédé n'a point laiſſé d'enfans, ceux que le ſurvivant auroit d'un précédent mariage, font-ils défaillir la condition, *pourvu qu'il n'y ait pas d'enfans?* Il eſt étonnant que Lebrun, *ibidem*, *n.* 31, & Dupleſſis, propoſent cette queſtion, & il l'eſt encore plus qu'ils la décident pour l'affirmative; il eſt au contraire de la derniere évidence que cette condition ne peut être entendue que des enfans du prédécédé, qui ſont les ſeuls en faveur de

qui elle a pu être apposée ; ceux du survivant n'ayant aucun intérêt à la disposition de cet article : l'*art.* 131 de l'ancienne Coutume s'en expliquoit formellement, il portoit, *pourvu qu'il n'y ait enfans du trépassé ;* si dans la nouvelle Coutume, cet mots *du trépassé* ne se trouvent plus, ce n'est que pour abréger qu'on les a retranchés, comme superflus : elle fait d'ailleurs assez entendre, qu'elle ne parle que des enfans *du trépassé*, par ce qui suit, *& s'il y a enfans, partissent par moitié ;* ceux du survivant n'ayant pas de partage à faire avec lui. La seule raison que Lebrun & Duplessis alléguent pour leur opinion, est que ce préciput, disent-ils, doit être égal & respectif, comme le don mutuel ; mais sur quoi cela est-il fondé ?

426. Enfin, il faut, en cinquieme lieu, que les parties n'aient pas par leur contrat de mariage, rénoncé à ce préciput que les Coutumes accordent aux survivants nobles : cette convention est très licite ; on peut valablement rénoncer aux dispositions des loix qui ne concernent que l'intérêt des particuliers qui y rénoncent. L. 31, ff. *de pact.*

427. Les parties qui par leur con-

trat de mariage, conviennent d'un certain préciput qu'aura le ſurvivant, sont-elles cenſées, par cela ſeul, renoncer au préciput légal? Non; mais, dira-t-on, convenir par un contrat de mariage, que le ſurvivant aura par préciput des meubles de la communauté jusqu'à concurrence d'une certaine ſomme; c'eſt bien convenir qu'il n'en prendra pas plus, & par conſéquent qu'il ne prendra pas le total deſdits meubles que les Coutumes déferent au ſurvivant. Je réponds par une diſtinction; convenir que le ſurvivant prendra à titre de préciput conventionnel, des meubles de la communauté, juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme; c'eſt convenir qu'il n'en prendra pas au-delà de cette ſomme: je diſtingue, c'eſt convenir qu'il n'en prendra pas-audelà de cette ſomme à ce titre, je l'avoue; à un autre titre, je le nie: or la diſpoſition de la Coutume qui donne au ſurvivant de deux conjoints nobles, le droit de prendre le total des meubles de la communauté, à la charge des dettes mobiliaires de ladite communauté, eſt un titre entiérement différent du titre que forme la convention du préciput portée par le contrat: la diſpoſition de la Coutu-

me est un avantage que la Loi fait au survivant ; c'est un titre universel auquel est attachée la charge des dettes de la communauté ; au contraire, le titre qui resulte d'une convention de préciput, portée par un contrat de mariage, est un avantage que les conjoints se font réciproquement ; ce n'est point un titre universel, ce n'est pas un titre auquel soit attachée la charge de payer les dettes ni aucune autre charge.

428. Après avoir vu quelles sont les cinq choses qui doivent concourir pour qu'il y ait lieu au préciput légal, que plusieurs Coutumes accordent au survivant de deux conjoints nobles, il nous reste à voir quelles sont les choses dans lesquelles il consiste, & quelles en sont les charges.

Il consiste dans les meubles de la communauté qui se trouvent lors du prédécès ; ces Coutumes donnent au survivant la part qu'y avoit le prédécédé.

Toutes ces Coutumes, à l'exception de celle de Paris, les donnent au survivant sans en rien excepter ; celle de Paris en excepte ceux qui lors du prédécès, se trouvent dans la Ville de Paris & dans les Fauxbourgs ; elle s'exprime ainsi en l'*art.* 238 : *il est en la fa-*

culté du survivant de prendre & accepter les meubles étant HORS LA VILLE ET FAUXBOURGS DE PARIS, *sans fraude.*

La raison de cette exception vient apparemment, de ce que le luxe ayant commencé à Paris avant que de se repandre dans les Provinces, on a cru que les meubles que les personnes demeurantes à Paris, auroient dans Paris, seroient souvent d'un prix trop considérable pour en gratifier le survivant au préjudice des héritiers du prédécédé : c'est pour cette raison que la Coutume de Paris a voulu que le survivant de deux conjoints nobles, sans enfans, n'eût *que les meubles étant hors la Ville & Fauxbourgs de Paris, sans fraude.*

Ces termes *sans fraude*, tombent sur les meubles qu'on avoit coutume de laisser à Paris, & que le survivant n'avoit fait transporter ailleurs que dans la vue d'en profiter à la mort du prédécédé; ce qui se présume, lorsqu'on les en a transportés pendant la derniere maladie du prédécédé.

429. On a agité la question, si à l'exception des meubles corporels, qui se trouvent à Paris, lors de la mort du prédécédé, & de ceux qui en auroient

été transportés en fraude; la Coutume donne généralement au survivant tous les autres effets mobiliers de la communauté, les incorporels, telles que sont les dettes actives mobiliaires, aussi bien que les meubles corporels? Lebrun, *ibidem*, *n.* 41 & 42, Auzanet, Duplessis & Lemaistre, pensent que la Coutume n'accorde au survivant que les meubles matériels & corporels, parmi lesquels ils comprennent l'argent comptant qui se trouve hors de Paris; & qu'elle ne lui accorde point les dettes actives mobiliaires. Ces Auteurs se fondent sur ces termes de l'*art.* 238, *étant hors la Ville*, *&c.* Ces termes *étant*, disent-ils, désignent des meubles qui *sont* dans un lieu, & ne peuvent par conséquent, s'appliquer aux meubles incorporels, lesquels ne subsistent que dans l'entendement, & ne sont dans aucun lieu. Lebrun ajoute qu'en Droit, les droits & biens incorporels, sont une troisieme espece des biens, distinguée des biens corporels & des biens-fonds. *L. A. D. Pio*, 15, §. 2, ff. *de re judic.* & ne doivent pas par conséquent être compris sous le terme de meubles. Néanmoins, Dumoulin, agitant cette question sur

l'art. 116 de l'ancienne Coutume de Paris, (1) conçue dans les mêmes termes que le 238e. de la nouvelle, après avoir rapporté pour raiſon de douter celles ſur leſquelles Lebrun fonde ſon opinion, décide que la Coutume comprend, non-ſeulement les meubles matériels & corporels, mais pareillement les incorporels, c'eſt-à-dire, les créances mobiliaires.

Dumoulin s'explique ſur cette queſtion d'une maniere trop énergique, pour ne pas rapporter ſes propres termes : » Reſte une difficulté, dit-il, ſi le » ſurvivant a ſeulement les meubles cor- » porels & matériels étant hors la » Ville & Fauxbourgs, ſans fraude, & » ſans qu'il puiſſe rien prétendre aux » créances & dettes actives, combien » qu'elles procédent de choſes étant » hors la Ville ; il eſt bien clair ; *Quod* » *in terminis juris, appellatione mobilium* » *ſimpliciter, non veniunt nomina ; L. A.* » *D. Pio*, ff. *de re judic.* ; encore moins, » *quandò additur circumſtantia quæ non* » *congruit nominibus, prout ſitus loci,*

(1) Il porte ; il eſt en la faculté du ſurvivant d'accepter les meubles étant hors ladite ville & fauxbourgs de Paris, ſans fraude.

» comme *ibi* meubles étant hors la
» Ville ; mais il y a bien autre raiſon
» de préſent ; car les Coutumes de
» France ne ſont pas Statuts d'Italie, &
» ne ſe reſtreignent *ad modum loquendi*
» *& intelligendi juris Romani*, mais s'en-
» tendent, *ſecundùm modum loquendi &*
» *utendi* de France & des Coutumes,
» leſquelles quand elles diſpoſent des
» meubles, elles comprennent auſſi les
» dettes actives mobiliaires, *etiam alio*
» *non addito.*

Dumoulin, après avoir prouvé cela par des exemples, ajoute, » *quantò for-* » *tius*, quand il y a la charge expreſſe » de payer les dettes mobiliaires ; car » cela montre bien, *per locum & argu-* » *mentum à correlativis*, que ſous ce mot » viennent les créances ou dettes acti- » ves ; autrement n'y auroit propos qu'il » payât les paſſives ; ce ſeroit contre la » régle & raiſon naturelle & incommu- » table, *de quâ in L. ſecundùm naturam* » ff. *de reg. jur.*

Cet argument de Dumoulin me paroît très-fort ; la charge des dettes paſſives, impoſée par la Coutume au ſurvivant, étant une charge de l'univerſalité des meubles, qui comprend les incorporels & les corporels, démontre

suffisamment que par le terme *de meubles*, c'est cette universalité qui comprend les incorporels & les corporels que la Coutume a entendu déférer au survivant.

Ajoutez que l'*art.* 131 de l'ancienne Coutume de Paris s'étoit expliqué formellement sur les créances ; il y est dit : *entre nobles, quand l'un des deux conjoints va de vie à trépas, le survivant peut prendre les meubles & créances demeurées de son décès.* Si dans l'*art.* 238 de la nouvelle Coutume, dans lequel on a réuni cet *art.* 131, qui concernoit les nobles demeurant sous le ressort de la Coutume de Paris, mais hors la Ville de Paris, & le 116 qui concernoit les nobles Bourgeois de Paris, ces termes *& créances*, ne se trouvent pas, on peut dire qu'ils n'ont été retranchés que pour abréger, comme superflus, & étant suffisamment compris sous le terme général de meubles.

430. Le préciput légal comprend non-seulement les dettes actives & créances que la communauté a contre des tiers ; elle comprend pareillement celles qu'elles a contre les conjoints. Supposons, par exemple, que le survivant fût débiteur envers la communauté

d'une récompense de 20000 livres ; pour pareille somme tirée de la communauté, soit pour impenses faites sur ses héritages propres, soit pour acquitter ses dettes mobiliaires antérieures au mariage, & excluses de la communauté par une clause de séparation de dettes, soit pour d'autres causes, & que compensation faite de ladite somme de 20000 livres, avec une somme de 12000 livres, à laquelle je suppose que montent les créances que le survivant a contre la communauté pour ses reprises, le survivant se trouve réliquataire d'une somme de 8000 livres ; le survivant, en acceptant le préciput légal, devient quitte de ce réliquat de 8000 livres, & il s'en fait confusion : car la créance que la communauté avoit contre lui pour ce réliquat, étant un effet actif mobilier de la communauté, elle entre dans son préciput légal.

431. A l'égard de l'exception que la Coutume de Paris fait des meubles de Paris ; Dumoulin observe fort bien, qu'on doit comprendre dans cette exception, non-seulement les meubles corporels qui sont à Paris, mais pareillement les créances qui procéderoient de choses qui sont à Paris ; tels que sont,

par exemple, des loyers qui se seroient trouvés dûs lors du prédécès, pour des maisons de Paris, & des profits Seigneuriaux de censives étant dans la Ville & Fauxbourgs de Paris.

432. Si des conjoints Parisiens avoient coutume de porter à leur terre, lorsqu'ils y vont passer un certain temps de l'année, quelques-uns de leurs meubles de Paris, *putà*, leur argenterie, & de les remporter lorsqu'ils y retournent, l'un d'eux venant à prédécéder pendant leur séjour à la campagne ; cette argenterie qui se trouve à la campagne, pourroit-elle être prétendue par le survivant ? La raison de douter est qu'elle se trouve sans fraude hors de Paris ; le survivant qui ne prévoyoit pas le décès de l'autre conjoint, ne l'ayant pas portée hors de Paris, en fraude, & à dessein d'en profiter : la raison de décider au contraire, que cette argenterie ne peut être prétendue par le survivant, est qu'ayant coutume d'être à Paris, d'où elle n'a été transportée que dans l'intention de l'y remporter ; elle est par sa destination un meuble de Paris, & par conséquent dans le cas de l'exception. Cela est fondé sur cette régle de Droit : *Rebus quæ in fundo sunt, acce-*

dunt etiam quæ tunc non sunt, si esse solent. L. 78, §. 7, ff. *de leg.* 3°.

Il en seroit autrement d'une argenterie que les conjoints seroient dans l'usage de laisser à leur terre, sous la garde d'un Concierge, lorsqu'ils s'en retournent à Paris ; il n'est pas douteux que c'est un meuble, *étant hors la Ville de Paris*, qui ne peut être contesté au survivant.

Quand même on auroit fait venir à Paris quelque piece de cette argenterie, *putà*, pour la faire raccommoder, & dans l'intention de la renvoyer à la campagne ; quoiqu'elle se trouvât à Paris, lors du decès, on ne pourroit la contester au survivant ; cette chose ne se trouvant à Paris que par accident, elle n'est pas un meuble de Paris ; mais elle est par sa destination un meuble *étant hors de la Ville* de Paris.

Il en est de même lorsque des conjoints sont revenus à Paris avec les chevaux qui servent à l'exploitation de leur terre : quoique le décès de l'un d'eux soit arrivé aussitôt après leur retour à Paris avant que les chevaux en aient été renvoyés ; ces chevaux qui ne se trouvent à Paris que par accident, sont censés, à cause de leur destination,

meubles de campagne ; meubles étants *hors la Ville* de Paris, & on ne peut conséquemment les contester au survivant.

433. Lorsqu'un Parisien, après avoir fait emplette à Rome de tableaux de grand prix, pour les placer dans son hôtel à Paris, vient à perdre sa femme, pendant que les tableaux sont encore en chemin, peut-il les prétendre comme meubles étant hors la Ville de Paris ? je le pense ; car quoiqu'ils fussent destinés à être *meubles de Paris*, ils ne l'étoient pas encore : lorsque des meubles de Paris sont transportés de Paris dans un autre lieu, avec intention de les y faire revenir, cette destination leur conserve bien la qualité *de meubles de Paris* qu'ils avoient déja ; mais la destination ne peut pas donner à des meubles la qualité de meubles de Paris avant qu'ils y soient arrivés. Voyez *suprà*, *n.* 39.

434. Les meubles du prédécédé, que les Coutumes accordent au survivant de deux conjoints nobles, sont seulement ceux de leur communauté ; plusieurs Coutumes s'en expliquent formellement, & on le doit suppofer dans celles qui ne s'en expliquent pas. *L'art.* 131 de l'ancienne Coutume s'en explique for-

mellement ; il y est dit, *demeurés de son décès, & qui étoient communs entr'eux* ; ce n'est que pour abréger qu'ils ont été retranchés dans l'article 238 de la nouvelle.

Sur les meubles tant corporels qu'incorporels, dont la communauté est composée. Voyez *suprà, ch. 2, sect. 1, art. 1.*

Les héritages ameublis ne sont pas compris sous le nom de meubles.

435. Il nous reste à parler des charges. L'article 238 de Paris, dit : *auquel cas il est tenu payer les dettes mobiliaires, & les obseques & funérailles d'icelui trépassé.*

Lebrun, *ibidem*, *n.* 36, estime que par ces termes le survivant est chargé indistinctement de toutes les dettes mobiliaires du prédécédé ; non-seulement de celles qui étoient dettes de communauté, mais même de celles qui étoient particulieres au prédécédé, *putà*, au moyen d'une clause de séparation de dettes. C'est aussi l'avis de Duplessis ; Lemaistre pense au contraire, que le survivant n'est chargé, par cet article, que d'acquitter les héritiers du prédécédé, de la part des dettes de la communauté, dont la succession est tenue. Son opinion me paroît préférable ; la Cou-

tume ne faisant pas succéder par cet article le survivant indistinctement à l'universalité des biens meubles du prédécédé, mais seulement à l'universalité des biens meubles de la communauté, pour la part qu'y avoit le prédécédé, comme nous l'avons vu au nombre précédent; il ne doit pas être présumé avoir été chargé d'autres dettes mobiliaires, que de celles de la communauté, qui sont les seules qui soient une charge de l'universalité des biens de la communauté, à laquelle il succéde au prédécédé pour la part qu'il y avoit; le survivant n'étant donc tenu que des dettes de la communauté, par la nature de la chose à laquelle il succéde, pour qu'il pût être réputé tenu des autres, il eût fallu que la Coutume s'en fût expliquée d'une maniere plus formelle; ce que n'ayant pas fait, les dettes mobiliaires dont elle le charge, doivent être entendues, *secundùm subjectam materiam*, de celles de la communauté.

Suivant ce principe, si la succession du prédécédé étoit débitrice envers le survivant, *putà*, pour une donation que le prédécédé auroit faite au survivant, de quelque somme d'argent ou de choses mobiliaires, ou pour des récompen-

ses mobiliaires que le prédécédé devoit à la communauté, il ne s'en fera pas de confusion, & le survivant, quoiqu'il accepte le préciput légal, ne laissera pas d'en demeurer créancier; car ces dettes sont bien des dettes mobiliaires de la succession du prédécédé; mais elles ne sont pas dettes de la communauté, qui sont les seules dont le survivant qui accepte le préciput légal, est tenu d'acquitter la succession du prédécédé.

436. Quoique la créance qu'a le survivant pour la reprise de ses deniers exclus de la communauté par une convention de réalisation, ou pour le remploi du prix de ses propres, soit une dette de la communauté, néanmoins il n'en est pas chargé par cet article; mais ce n'est pas par les raisons qu'en donne Lebrun, qui dit : que c'est *parce que la communauté n'en est que dépositaire & qu'elles se prennent par distraction, & par délibation.* C'est parler très-improprement, que de dire que la communauté n'en est que dépositaire. Un dépositaire, est celui qui garde la chose d'autrui sans pouvoir s'en servir, pour la remettre en nature à celui qui l'a confiée à sa garde. Ce n'est point de cette maniere que la communauté a les som-

mes de deniers que chacun des conjoints s'est réservé propre, ou qui proviennent du prix de ses propres aliénés durant le mariage; elles s'emploient pour les affaires de la communauté, qui est obligée d'en rendre autant lors de sa dissolution à celui des conjoints à qui elles appartiennent, ou à ses héritiers; la communauté n'en est donc pas dépositaire simplement, elle en est véritablement débitrice; les créances qu'a le survivant pour la reprise de ses deniers stipulés propres, ou pour le remploi du prix de ses propres, sont donc de véritables dettes de la communauté, dont les héritiers du prédécédé sont débiteurs pour la part qu'ils ont dans la communauté; si ces reprises s'acquittent lors du partage des biens de la communauté *par délibation* & prélevement sur les biens de la communauté, elles n'en sont pas moins des dettes de la communauté; elles le sont si bien, qu'à l'égard de celles de la femme, le mari & ses héritiers en sont tenus envers la femme, ou ses héritiers, quand même il n'y auroit pas de biens dans la communauté de quoi les acquitter; les créances qu'a le survivant pour ses reprises & pour le remploi du prix de ses propres alié-

nés, sont donc véritablement des dettes de la communauté; si en acceptant les meubles, il ne les confond pas., & s'il n'est pas obligé d'en acquitter la succession du prédécédé pour la part dont elle en est tenue; la seule véritable raison est que ces créances, quoiqu'elles soient dans la vérité, créances mobiliaires, sont entre les conjoints, réputées pour immeubles fictifs, que le survivant chargé seulement des dettes *purement* mobiliaires, n'est pas tenu d'acquitter.

437. Le survivant qui prend les meubles, confond-t-il le préciput conventionnel, stipulé à son profit par le contrat de mariage ? Lebrun, *ibidem*, *n.* 21, fait une distinction ; il convient que lorsque le préciput conventionnel consiste en une somme de deniers, le survivant doit le confondre, parce que c'est en ce cas une dette mobiliaire de la communauté, dont il doit acquitter la succession du prédécédé, pour la part dont elle en est tenue; mais lorsque le préciput consiste en meubles, que le survivant pourra prendre jusqu'à concurrence d'une certaine somme, cet Auteur prétend que le survivant qui prend le préciput légal, ne confond point ce préciput conventionnel qu'il peut pren-

dans les meubles qui ſont à Paris, leſquels n'entrent pas dans le préciput légal; *la raiſon*, dit-il, *eſt, que le préciput conventionnel n'eſt point* (en ce cas) *une dette mobiliaire, mais une diſtraction de certains meubles.*

Je réponds, qu'il eſt faux que le préciput de *choſes* ne ſoit pas une dette mobiliaire de la communauté; il n'eſt pas moins une dette, que le préciput d'une ſomme d'argent; la ſeule différence qu'il y a, eſt que celui-ci eſt une dette *quantitatis*, & que le préciput de *choſes* eſt une dette *ſpecierum*. Le préciput de choſes, de même que le préciput d'une ſomme, naît de la convention par laquelle les parties contractantes s'obligent réciproquement env rs le ſurvivant, de lui laiſſer prélever lors du partage de la communauté, les choſes portées par la convention; cette convention forme donc une obligation; le préciput de choſes eſt donc une dette: car dette & obligation, c'eſt bien la même choſe; c'eſt une dette de communauté, puiſque c'eſt ſur les biens de la communauté qu'elle doit être acquittée; c'eſt uue dette mobiliaire, puiſque les choſes qui en ſont l'objet, ſont des choſes mobiliaires; le ſurvivant qui prend

les meubles, doit donc confondre ce préciput : l'article 238 qui le charge de toutes les dettes mobiliaires, comprend dans la généralité de ſes termes, toutes les dettes mobiliaires de la communauté, de quelque eſpece qu'elles ſoient ; les dettes *ſpecierum*, auſſi-bien que les dettes *quantitatis*. Dupleſſis eſt de notre avis.

428. La charge d'acquitter les frais funéraires du prédécédé, eſt une charge que les Coutumes ont jugé à propos d'impoſer au préciput légal, quoique cette charge ne ſoit pas une charge de la communauté, mais de la ſucceſſion du prédécédé.

Le deuil que la femme ſurvivante a droit d'exiger des héritiers du prédécédé, eſt cenſé faire partie de ces frais funéraires ; c'eſt pourquoi elle le confond lorſqu'elle prend le préciput légal.

Quelques Coutumes chargent auſſi le ſurvivant qui prend le préciput légal, de l'acquittement des legs faits par le prédécédé, qu'elles appellent *pies*, *pieux*, *piteux*, ou *pitoyables* ; ce ſont ceux qui contiennent des aumônes faites aux pauvres, ou ceux faits à des Egliſes pour des prieres ; cela ne doit s'entendre que de legs modiques.

Cette charge des legs pieux, n'a lieu que dans les Coutumes qui en ont une disposition expresse; hors ces Coutumes, le prédécédé ne peut diminuer en rien par des dispositions testamentaires, le préciput du survivant, ce sont les héritiers du prédécédé, qui sont seuls chargés de les acquitter.

439. Il reste une question, qui est de sçavoir si le survivant, après avoir en majorité, accepté le préciput légal, peut, lorsqu'il a fait un inventaire, se décharger des charges de ce préciput en renonçant & en offrant de compter aux héritiers du prédécédé, de leur part, dans les biens meubles de la communauté? Les Auteurs sont encore partagés sur cette question : ceux qui tiennent la négative, tirent argument de ce qui s'observe à l'égard de la garde-noble; le gardien-noble, après qu'il a une fois accepté la garde, ne peut plus se décharger de l'obligation qu'il a contractée en l'acceptant, d'acquitter les dettes mobiliaires du mineur, quoiqu'il offre abandonner tout l'émolument de la garde, & compter de tout ce qui lui est parvenu des biens & des revenus du mineur : on dit, au contraire, pour l'affirmative, qu'il y a une grande différence entre le

préciput légal & la garde-noble. Le pré-
ciput légal eſt une pure donation que la
Loi fait au ſurvivant de la part du pré-
décédé dans le mobilier de la commu-
nauté, à la charge de payer la part du-
dit prédécédé dans les dettes mobiliai-
res de ladite communauté : or c'eſt un
principe commun à tous les donataires,
que le donataire, quoiqu'il ait accepté
la donation, n'eſt tenu des charges de la
donation, que juſqu'à concurrence de
l'émolument, & qu'il peut ſe ſouſtraire
aux charges en abandonnant les choſes
données, & en comptant de tout ce
qu'il a perçu de la donation; le ſurvi-
vant qui a accepté le préciput légal,
peut donc, de même que tous les au-
tres donataires, ſe décharger des char-
ges qui y ſont attachées, en l'abandon-
nant; au contraire, la garde-noble n'eſt
pas tant un don qu'une eſpece de mar-
ché que la Loi fait pour le mineur avec
le gardien qui veut bien accepter la
garde, par lequel elle lui abandonne les
revenus des biens qu'avoit le mineur
de la ſucceſſion du prédécédé, & dans
quelques Coutumes ſes meubles, pour
qu'il le rende à la fin de la garde, quit-
te de toutes dettes mobiliaires; qu'il
lui remette ſes héritages en bon état,

qu'il lui donne une éducation convenable à un Gentilhomme. Ce marché est une espece de forfait, dont le profit qu'y peut faire le gardien, ou la perte, dépendent souvent de l'événement incertain du temps que durera la garde; or quand on a fait un marché, on n'est pas reçu à s'en départir, pour éviter la perte qui s'y trouve; on ne peut donc tirer argument de la garde qui est un marché, au préciput légal qui est un don.

§. II.

De la Convention du Préciput; & du Préciput conventionnel.

440. C'est une convention très-ordinaire dans le contrat de mariage, que le futur époux, au cas de survie, aura dans les biens de la communauté par préciput, ses habits & linges à son usage; & ses armes & chevaux, si c'est *un homme de guerre*; ou *ses livres*, si c'est un homme de lettres; ou *ses outils*, si c'est un artisan. A l'égard de la femme, on stipule que la future épouse aura pareillement, en cas de survie, ses habits, bagues, & joyaux.

S'il étoit dit seulement *ses habits*, les

bagues & joyaux n'y feroient pas compris; *& vice verſâ*, s'il étoit dit ſeulement *ſes bagues & joyaux*, les habits n'y ſeroient pas compris.

Ces termes *ſes habits*, comprennent tout ce qui ſert à couvrir le corps. Le terme *joyaux*, qui répond au terme Latin *ornamenta*, comprend ce qui ſert à orner & parer une femme, plutôt qu'à la couvrir : *ornamenta muliebria ſunt, quibus mulier ornatur, veluti inaures, armillæ, viriolæ, annuli præter ſignatorios, & omnia quæ ad aliam rem nullam parantur, niſi corporis ornandi cauſâ*. L. 25, §. 10, ff. *de aur. leg.* c'eſt-à-dire, les pendants d'oreilles, les bracelets, bagues, anneaux, colliers, aiguilles de tête, & autres ornements de tête, &c.

La montre qu'une femme porte à ſa ceinture, l'éventail qu'elle porte à la main, une tabatiere, un étui, ſont auſſi compris dans l'uſage, ſous le terme de joyaux, & en cela notre terme *joyaux*, a un peu plus d'étendue, que le terme latin *ornamenta*.

On n'y comprend pas la toilette & tout ce qui en dépend; tout cela appartient plutôt à un autre genre, que les Juriſconſultes appelloient *mundus muliebris*, & qu'ils diſtinguoient très-fort de ce

[redacted]elloient *ornamenta : ornamenta*, [redacted]n, *ſunt quibus mulier ornatur : mundus muliebris*, dit le même Ulpien : *eſt quo mulier mundior fit*; *d.* L. 25, §. 10.

Si à ces termes, *ſes habits, bagues & joyaux*, on avoit ajouté ceux-ci, *& généralement ce qui ſe trouvera ſervir pour l'uſage de la perſonne de la future épouſe*, la toilette ſeroit compriſe ſous la généralité de ces termes, & tout ce qui en dépend, comme miroirs de toilette, boëtes de toilette, pommades, parfums, &c.

Cette convention s'appelle, *convention de préciput*; les choſes que le ſurvivant, en conſéquence de cette convention, a droit de prélever au partage de la communauté, s'appellent *le préciput du ſurvivant*; on donne le même nom au droit qu'il a de les prélever.

441. Cette convention ſe fait de différentes manieres ; quelquefois on fait conſiſter le préciput en eſpeces, comme lorſqu'il eſt dit : le ſurvivant prendra pour préciput ſes habits, armes & chevaux; quelquefois on le fait conſiſter en une ſomme d'argent, comme lorſqu'il eſt dit, prendra pour préciput la ſomme de tant.

Lorſqu'on fait conſiſter en eſpeces le

préciput, quelquefois il est illim [redacted] me lorsqu'il est dit simplement q [redacted] vivant prendra ses habits, armes & chevaux; ou que la future prendra ses habits, bagues & joyaux. Au contraire, quelquefois il est limité par ces termes, que le Notaire ajoute : jusqu'à concurrence de la somme de tant.

Lorsque le préciput en especes est illimité, il consiste dans toutes les choses de ces especes, qui se trouvent dans les biens de la communauté, lors de sa dissolution, en quelque nombre qu'elles soient, & à quelque prix qu'elles montent; pourvu néanmoins que ce prix ne soit pas excessif, eu égard à l'état, & aux facultés des parties; car quoique les parties n'aient pas limité le préciput à une somme déterminée, elles sont néanmoins censées être convenues d'un préciput qui fût proportionné à leur état & à leurs facultés. Donc, lorsqu'il est excessif, les héritiers du prédécédé sont bien fondés à demander qu'il soit réduit & modéré *arbitrio judicis*.

On doit aussi retrancher de ce préciput les choses qui paroissent avoir été, pendant la derniere maladie du prédécédé, acquises en fraude, & dans la vue de le grossir; comme si un Gentil-

[illegible]me de campagne, qui depuis un très-[illegible] temps qu'il eſt marié, n'avoit jamais eu d'autres chevaux que ceux qui ſervoient au labour de ſes terres, avoit pendant la derniere maladie de ſa femme, acheté un attelage de ſix chevaux de carroſſe de grand prix; il ſeroit évident qu'il n'a fait cette emplette que dans la vue de groſſir le préciput illimité de ſes armes & chevaux; & les héritiers du prédécédé ſeroient bien fondés à l'empêcher de les y comprendre.

442. Quelquefois on donne le choix au ſurvivant, du préciput en eſpeces, ou du préciput d'une ſomme d'argent; comme lorſqu'il eſt dit : *prendra ſes habits, armes & chevaux, ou la ſomme de tant;* le préciput en eſpeces peut, en ce cas, excéder la ſomme d'argent dont on lui a donné le choix, pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas une trop grande diſproportion.

Quelquefois on donne l'un & l'autre; ſçavoir, un préciput en argent, & un préciput en eſpeces : comme lorſqu'il eſt dit : *aura par préciput la ſomme de tant, & en outre ſes habits, armes & chevaux.*

Quoique la convention de préciput, quelles que ſoient les choſes, & les ſommes dans leſquelles ont la fait conſiſter,

renferme un avantage que celui des conjoints, qui doit prédécéder, fait au survivant, & qu'il soit regardé comme tel, tant par rapport au premier qu'au second chef de l'Edit des secondes nôces, comme nous l'avons vu en la derniere Partie de notre Traité du Mariage; néanmoins elle est regardée plutôt comme convention de mariage, que comme donation, & en conséquence elle n'est pas sujette à la formalité de l'insinuation.

Voyez la Déclaration du 25 Juin 1729, & l'article 21 de l'Ordonnance de 1731.

443. Le préciput n'étant accordé qu'en cas de survie, ce ne peut être que le prédécès de l'un des conjoints, qui donne ouverture au préciput au profit du survivant.

La mort civile de l'un des conjoints doit-elle être regardée comme un prédécès qui donne ouverture au préciput? Par exemple, si un homme, par un Arrêt ou autre Jugement en dernier ressort, avoit été condamné à la peine des galeres à perpétuité; cette condamnation qui lui fait perdre son état civil, doit-elle être regardée comme un prédécès qui donne ouverture au préciput de la femme; & la femme en conséquence

peut-elle le prélever au partage qui est à faire des biens de la communauté, entr'elles & les Seigneurs confiscataires qui succedent à la part du condamné ? On peut dire pour l'affirmative, qu'une personne, par la mort civile qu'elle a encourue, n'étant plus censée exister, par rapport à la société civile, sa mort civile doit être regardée comme un véritable *prédécès*, qui ne l'en a pas moins retranchée, que l'en auroit retranchée la mort naturelle, & qui doit par conséquent donner ouverture au préciput : néanmoins par un célébre Arrêt du 2 Juin 1549, le Roi Henri II, tenant son Lit de Justice, il a été jugé que la mort civile ne donnoit pas ouverture au préciput, & que la seule mort naturelle y donnoit ouverture. La raison est que la convention de préciput, étant une convention que les parties contractantes ont jugé à propos de faire dépendre de l'existence d'une condition ; il ne peut pas y avoir ouverture à cette convention, que la chose que les parties ont jugé à propos d'y apposer pour condition, ne soit arrivée : or le cas du prédécès de l'un des conjoints, & la survie de l'autre, que les parties ont jugé à propos d'apposer

pour condition, à la convention de préciput, eſt le ſeul cas du prédécès qui doit arriver par la mort naturelle du premier mourant des conjoints; c'eſt le ſeul cas qu'elles aient prévu; il n'eſt pas naturel qu'elles aient prévu, ni même qu'elles aient pu penſer au cas de la mort civile qui arriveroit à l'une des parties; le cas appoſé pour condition à la convention de préciput, eſt donc le ſeul cas de la mort naturelle du premier mourant des conjoints; ce n'eſt point celui de la mort civile de l'un d'eux, & par conſéquent, il n'y a que celui de la mort naturelle, qui puiſſe faire exiſter la condition appoſée à la convention, & donner ouverture au préciput; on ne peut pas non plus dire que le cas de la mort civile & celui de la mort naturelle ſoient entiérement ſemblables: car le cas de la mort civile laiſſe quelqu'eſpérance de retour à la vie, par la reſtitution à l'état civil qui peut être accordée par le Prince; il n'y a que la mort naturelle qui ſoit ſans eſpérance de retour à la vie.

Ne pourroit-on pas oppoſer à cet Arrêt, l'article 24 de l'Ordonnance des Subſtitutions, qui porte que dans tous les cas où la condamnation pour crime,

emporte mort civile, elle donnera ouverture au fidéicommis? La réponse est qu'on ne peut pas argumenter des fidéicommis à la convention de préciput; les fidéicommis qui sont faits en l'absence de la personne, au profit de qui la disposition est faite, étant susceptibles d'une interprétation beaucoup plus étendue, que ne le sont les conventions entre-vifs.

La disposition de l'Ordonnance des Substitutions, n'est donc pas seule suffisante pour établir qu'on s'est écarté de la Jurisprudence établie par l'Arrêt de 1549; mais j'ai appris que la Cour s'en étoit formellement écartée, en jugeant dans l'espece d'un homme qui étoit sorti du Royaume, pour cause de Religion, que la mort civile qu'il avoit encourue, par sa sortie hors du Royaume, avoit donné ouverture au préciput au profit de sa femme.

Le Magistrat qui m'a fait part de cet Arrêt, & qui avoit été un des Juges, m'a aussi appris qu'on avoit jugé par cet Arrêt, que la femme étant sortie avec son mari, le mari devoit être censé sorti le premier, & la femme n'avoir fait autre chose que le suivre; qu'en conséquence le préciput lui avoit

été acquis par la mort civile de son mari, pendant un instant de raison, qu'elle l'avoit transmis avec ses biens à ses héritiers, par la mort civile qu'elle avoit encourue elle-même, par sa sortie du Royaume. Le Magistrat n'approuvoit pas l'Arrêt en ce point; la femme n'ayant pu transmettre à ses héritiers un droit qu'elle n'a jamais pu elle-même exercer, & qui n'a pu lui être acquis dans le temps auquel son mari est sorti, puisque dans le même temps elle sortoit elle-même avec lui.

444. Lorsque les deux conjoints, qui par leur contrat de mariage, étoient convenus d'un préciput, sont depuis morts par un même accident, *putà*, dans un naufrage, ou dans un incendie, sans qu'on puisse prouver lequel à survécu l'autre, il n'y aura point de préciput au partage qui est à faire entre les héritiers de l'un desdits conjoints, & ceux de l'autre; car ni les uns ni les autres ne peuvent justifier que c'est celui des conjoints auquel ils ont succédé, qui a survécu, & au profit de qui il y ait ouverture au préciput; & par conséquent ni les uns ni les autres, ne peuvent demander le préciput, ni les uns ni les autres, n'étant point en état de

fonder la demande qu'ils en feroient. *V. in Pand. Justin. Tit. de rer. div. n.* 4.

445. Lorſque la diſſolution de communauté eſt arrivée du vivant des deux conjoints, *putà*, par une ſéparation, le partage ſe fait ſans préciput, auquel il n'y a pas encore ouverture; mais il ſe fait, à la charge que, lorſqu'il y aura ouverture par le prédécès de l'un d'eux, la ſucceſſion du prédécédé fera raiſon de ce préciput au ſurvivant. C'eſt pourquoi, ſi le préciput porté au contrat de mariage eſt, par exemple, d'une ſomme de 4000 livres, la ſucceſſion du prédécédé devra au ſurvivant, ſur la part que le prédécédé a eue au partage de la communauté, la ſomme de 2000 livres.

Lorſque le préciput eſt en eſpeces, il faut faire une eſtimation des choſes ſujettes au préciput de chacun des conjoints, qui ſe ſont trouvées parmi les biens de la communauté, lors de la diſſolution, afin de fixer la ſomme que la ſucceſſion du prédécédé devra au ſurvivant, lorſqu'il y aura ouverture au préciput par le prédécès de l'un dès conjoints.

En attendant, chacun des conjoints prendra, ſur le pied de l'eſtimation, les choſes ſujettes à ſon préciput, non en

les prélevant par forme de préciput, auquel il n'y a pas encore ouverture, mais en les précomptant ſur ſa part, à la charge que lorſqu'il y aura ouverture au préciput, par le prédécès de l'un des conjoints, la ſucceſſion du prédécédé devra au ſurvivant, ſur la part que le prédécédé a eu au partage, la moitié de l'eſtimation du préciput du ſurvivant.

446. Suivant la Juriſprudence de l'Arrêt de 1549, lorſque l'un des conjoints ayant été condamné à une peine capitale, le partage des biens de la communauté s'eſt fait entre le fiſc & l'autre conjoint; ſi le condamné vient par la ſuite à prédécéder, le fiſc doit, de la même maniere, faire raiſon au ſurvivant de ſon préciput.

Mais ſi c'eſt le condamné qui ſurvit, le fiſc ne peut pas prétendre, comme étant à ſes droits, le préciput convenu par le contrat de mariage; car le fiſc n'a pu ſuccéder au condamné à ce préciput qui n'étoit pas ouvert lors de ſa condamnation, & il n'a pu par le prédécès de l'autre conjoint, être ouvert au profit de ce condamné, qui n'exiſtoit plus dans la ſociété civile.

447. Le préciput ne peut ordinaire-

ment s'exercer qu'en cas d'acceptation de la communauté par la femme, ou les héritiers de la femme.

Lorſque c'eſt le mari qui a ſurvécu, il eſt évident que ſi les héritiers de la femme renoncent à la communauté, la convention du préciput devient inutile au mari, puiſque tous les effets de la communauté, ceux qui auroient compoſé le préciput, ainſi que les autres, lui demeurent *jure non decreſcendi*.

Lorſque c'eſt la femme qui a ſurvécu, elle ne peut non plus prétendre ſon préciput, ſi elle a renoncé à la communauté; car par ſa renonciation à la communauté, elle renonce entiérement à tous les biens de la communauté, à quelque titre qu'elle eût pu les prétendre; d'ailleurs le préciput étant un droit qui s'exerce au partage de la communauté, il ne peut y avoir de préciput lorſque par la renonciation de la femme, il n'y a plus de partage à faire de la communauté.

448. On convient néanmoins aſſez ſouvent par les contrats de mariage, que la future épouſe, en cas de renonciation à la communauté, aura ſon préciput.

L'eſprit de cette convention, eſt de

rendre le mari & sa succession, garant du préciput de la femme; c'est pourquoi non-seulement elle a l'effet de rendre la femme, en cas de rénonciation à la communauté, créanciere du montant de son préciput, contre la succession de son mari; elle a aussi l'effet, en cas d'acceptation de la communauté, de rendre la femme créanciere de la succession de son mari, de ce qui s'est trouvé de manque dans les biens de la communauté, pour la remplir en entier de son préciput; au-lieu que, hors le cas de cette convention; & lorsque les parties sont simplement convenues d'un préciput de telles choses, ou d'une telle somme; de même que la femme, en cas de rénonciation, n'a aucun préciput, elle n'a pas, en cas d'acceptation, aucun recours contre la succession de son mari, pour ce qui s'est trouvé de manque dans les biens de la communauté, pour la remplir de son préciput; le préciput n'étant *in se* qu'un droit de prélever sur la masse, qui ne peut avoir lieu, qu'autant qu'il y a de quoi prélever.

ARTICLE VIII.

De quelques autres especes de Conventions.

§. I.

De la Convention par laquelle on assigne à chacun des conjoints, ou à ses héritiers, des parts inégales au partage qui se fera des biens de la Communauté.

449. Quoique, suivant nos Coutumes, les conjoints par mariage, soient communs chacun pour moitié, & que lors de la dissolution de la communauté, les conjoints ou leurs héritiers la partagent par portions égales, & non par portions proportionnées à ce que chacun d'eux y a apporté; néanmoins on peut valablement convenir, par le contrat de mariage, qu'ils y auront des parts inégales. Par exemple, que *la femme sera commune pour un tiers*, ou *pour un quart*, & qu'en conséquence au partage de la communauté, l'homme aura les deux tiers ou les trois quarts.

On peut pareillement convenir qu'arrivant la dissolution de la communauté, par le prédécès de l'un des con-

joints, les héritiers du prédécédé n'auront que le tiers ou le quart, ou quelque portion moindre, & que le survivant aura le surplus.

Dans le cas de ces conventions, chacun doit supporter la même part dans les dettes de la communauté, que celle qui lui est assignée dans le partage de l'actif. On ne pourroit pas valablement convenir que l'un des conjoints auroit une certaine part dans l'actif de la communauté, & qu'il supporteroit une part différente dans le passif, ou plus grande, ou moindre; parce que par ces conventions, on pourroit éluder les Loix, qui ne permettent pas que l'un des conjoints par mariage, puisse pendant le mariage, ou s'avantager aux dépens de l'autre, ou avantager l'autre à ses dépens.

Par exemple, s'il étoit dit par le contrat de mariage, que la femme n'auroit que le tiers dans l'actif de la communauté, & qu'elle supporteroit néanmoins la moitié des dettes; il est évident qu'une telle convention, si elle pouvoit être valable, donneroit le pouvoir au mari de s'avantager aux dépens de sa femme, en faisant des acquisitions, dont il devroit le prix; car il feroit payer à sa femme la moitié du prix de ces acquêts, dont elle

n'auroit que le tiers, & dont il auroit les deux tiers.

Vice versâ. S'il étoit dit, par le contrat de mariage, que la femme n'auroit que le tiers dans la communauté, mais qu'elle l'auroit franc de dettes, ou qu'elle supporteroit seulement un sixieme dans les dettes; il est visible qu'une telle convention, si elle pouvoit être valable, mettroit le mari en état d'avantager à ses dépens sa femme, en faisant des acquisitions dont il devroit le prix; car la femme auroit le tiers de ces acquisitions; & le prix de ce tiers que la femme y auroit, seroit payé par le mari, à la décharge de la femme, ou en total, ou en partie. Ces conventions doivent donc être déclarées nulles; & sans y avoir égard, les conjoints ou leurs héritiers, doivent partager la communauté également, tant en actif que passif.

Dans le cas de la seconde espece que nous venons de proposer, les héritiers du mari seroient-ils fondés à prétendre, qu'on ne doit déclarer nulle la convention que pour la seconde partie, par laquelle il a été convenu que la femme auroit sa part, franche de dettes, ou qu'elle en supporteroit une moindre part que celle qu'elle a dans l'actif, &

qu'on doit laisser subsister la premiere partie de la convention qui restreint au tiers la portion de la femme.

On peut dire, pour raison de douter en faveur de cette prétention des héritiers du mari, que ce n'est que sur la seconde partie que tombe l'injustice de la convention ; c'est cette seconde partie qui donne au mari le moyen d'avantager sa femme à ses dépens ; on ne doit donc déclarer nulle que la seconde partie : néanmoins, on doit décider que la convention doit être déclarée nulle dans sa totalité, & que le partage de la communauté doit se faire par portions égales, tant en actif que passif, comme s'il n'y avoit eu aucune convention. La raison de décider, est, que la premiere partie de la convention est inséparable de la seconde ; la femme n'ayant consenti, par la premiere partie de la convention, à la réduction de sa part de la communauté au tiers, que parce que, par la seconde partie, on la lui accordoit franche de dettes, ou qu'on la chargeoit seulement de la sixieme partie des dettes ; la seconde partie de la convention, est une condition de la premiere ; la nullité de la seconde partie de la convention, doit donc entraîner la nullité

de

de la premiere, & la convention doit être déclarée nulle dans sa totalité.

§. III.

Du Forfait de Communauté.

450. On convient quelquefois par un contrat de mariage, que les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté, une certaine somme.

Si dans le cas de cette convention, il n'y avoit pas dans les biens de la communauté, lors de sa dissolution, de quoi payer cette somme; le mari seroit-il fondé à prétendre que la clause n'a été mise qu'en sa faveur; que chacun pouvant renoncer à ce qui a été stipulé en sa faveur, il peut renoncer à cette convention, & se décharger de la somme y portée, aux offres d'admettre les héritiers de la femme à partager à l'ordinaire la communauté? Cette prétention n'est pas fondée: la convention ne contient pas une simple faculté qui soit donnée au mari de retenir tous les biens de la communauté en donnant la somme convenue; elle est une cession que la femme fait à son mari, au cas qu'il la survive, de la part incertaine

qu'elle auroit pu avoir dans les biens de la communauté, lors de sa dissolution; la somme convenue pour le prix de la cession, est donc dûe aux héritiers de la femme, en quelque état que se trouve la communauté lors de sa dissolution; si elle se fût trouvée opulente, le mari en auroit eu le bénéfice; lorsqu'elle est mauvaise, il en doit supporter la perte: *æquum est ut quem sequuntur commoda, eum sequantur incommoda.* C'est ce qui a été jugé par Arrêts des 15 Avril 1608, & 19 Février 1646, rapportés par Brodeau sur Louet, *lett.* M. *ch.* 4. Le prix de la cession leur est dû, quand même il ne resteroit aucuns biens de la communauté, lors de sa dissolution; car la cession d'un droit de communauté, de même que celle d'un droit successif, est une espece de contrat aléatoire, semblable à la vente qu'un pêcheur fait de son coup de filet; de même que la vente du coup de filet, n'a pas pour objet quelque chose de réel & de physique, mais un être moral, qui est l'espérance des poissons qui pourront être pris, & qu'en conséquence, le prix du coup de filet soit dû, quoiqu'il n'ait été pris aucun poisson par le coup de filet; l'acheteur ayant eu l'espérance de ceux

qui pouvoient être pris, qui eſt la ſeule choſe qui lui ait été vendue; de même la ceſſion que la femme, en cas de diſſolution de communauté, par ſon prédécès, fait à ſon mari de ſa part dans les biens de la communauté, n'a pour objet que l'eſpérance de ceux qui pourront ſe trouver; c'eſt pourquoi le prix de la ceſſion eſt dû, quoiqu'il ne ſe ſoit trouvé aucuns biens de la communauté lors de la diſſolution; il ſuffit qu'il ait pu s'en trouver, l'eſpérance de ceux qui pourroient ſe trouver, étant la ſeule choſe qui ait été l'objet de la ceſſion: c'eſt l'avis de d'Argentré, ſur l'article 22 de l'ancienne Coutume de Brétagne, *gl.* 4, ſur la fin, où il dit: *ſi maritus ſponſæ ducenta pepigiſſet pro ſua parte conquæſtuum, etiamſi ſecuto matrimonio nulli acquæſtus fierent, tamen non minus ducenta deberentur, veluti incerto eventus redempto.* Sa déciſion eſt dans l'eſpece où c'eſt la femme elle-même qui a été reſtreinte à une certaine ſomme pour ſon droit de communauté; mais il y a même raiſon de le décider dans l'eſpece où ce ne ſont que les héritiers de la femme qui y ſont reſtreints.

451. Il faudroit décider autrement, ſi après la clauſe que les héritiers de la

femme auroient pour tout droit de communauté une telle somme, on avoit ajouté cette restriction, *si tant s'en trouve*; car en ce cas, la somme portée par la convention, ne seroit dûe que jusqu'à concurrence de ce qui se trouveroit de biens dans la communauté; & s'il n'en restoit aucuns, il ne seroit rien dû, cela est encore conforme au sentiment de d'Argentré, qui après ce que nous avons rapporté ci-dessus, ajoute de suite: *nisi quidem conditionaliter concepta esset stipulatio, veluti sub verbis, si quos fieri contingeret.*

452. Il faudroit aussi décider autrement, si la clause étoit conçue en ces termes: il sera loisible au futur survivant de retenir tous les biens de la communauté, en donnant aux héritiers de la femme une telle somme; ces termes, *il sera loisible*, expriment une faculté & un choix qui est accordé à l'homme, ou de retenir tous les biens de la communauté, en donnant la somme aux héritiers de la femme, ou de les admettre à la partager à l'ordinaire.

453. La clause que les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme, n'exclud du droit de partager la communauté, que

lesdits héritiers, & non la femme; elle ne peut en conséquence avoir lieu, que dans le seul cas, auquel la dissolution de communauté arrive par le prédécès de la femme; si elle arrivoit du vivant de la femme par une sentence de séparation d'habitation, le droit de partager la communauté avec le mari, ayant été ouvert au profit de la femme par la sentence de séparation, quand même la femme viendroit à mourir peu après, avant que d'avoir procédé à ce partage, elle transmettroit ce droit à ses héritiers, & le mari ne pourroit en ce cas les en exclure en leur offrant la somme portée par la convention.

454. Cette clause, que les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme, comprend tous les héritiers, tant les enfants que les collatéraux.

455. Le mari qui en conséquence de cette convention, demeure propriétaire de tous les biens de la communauté, à la charge de donner aux héritiers de la femme la somme portée par la convention, peut sur cette somme leur faire déduction de toutes les créances que la communauté a contre la femme, *putà*, pour les sommes tirées de la commu-

nauté, pour acquitter des dettes mobiliaires de la femme antérieures au mariage, & excluses de la communauté par une clause de séparation de dettes; ou pour des impenses (autres que celles d'entretien) faites des deniers de la communauté, sur les héritages propres de la femme, ou pour quelqu'autre cause que ce soit.

Si les créances de la communauté contre la femme, excédoient la somme que le mari doit donner aux héritiers de la femme pour leur droit de communauté, non-seulement le mari demeureroit quitte envers eux de cette somme, mais ils seroient débiteurs envers lui de l'excédent.

456. Lorsque la femme durant le mariage, a doté conjointement avec son mari des biens de la communauté, quelqu'un de leurs enfants communs; si elle prédécede, on doit mettre au rang des créances de la communauté contre la femme, ce qu'elle en a tiré pour contribuer pour sa moitié à cette dot; la clause que les héritiers de la femme auront pour tout droit de communauté une certaine somme, renferme une rénonciation qu'elle fait à la communauté pour cette somme dans le cas de son

prédécès; cette rénonciation l'exclud entiérement des biens de la communauté, & par conséquent l'oblige à faire raison à la communauté, de tout ce qu'elle en a tiré.

Il en seroit autrement, si elle n'avoit pas été partie à la dotation; car ne dote qui ne veut. Il ne suffit pas pour qu'elle soit censée avoir doté, qu'elle ait été en qualité au contrat de mariage; car elle est censée n'y avoir été que pour donner son consentement au mariage.

457. Le mari qui retient tous les biens de la communauté, à la charge de donner la somme convenue aux héritiers de la femme, doit en conséquence être seul tenu pour le total de toutes les dettes de la communauté; c'est pourquoi il doit payer aux héritiers de la femme, outre la somme portée par la convention, tout ce que la communauté doit à la femme pour ses reprises, remplois de propre, & pour quelqu'autre cause que ce soit, sans que les héritiers de la femme en fassent aucune confusion.

458. Les héritiers de la femme qui ont reçu du mari la somme portée par la convention, pour leur droit de communauté, ne sont pas tenus des dettes

de la communauté, même envers les créanciers, à moins que la femme ne se fût obligée envers eux; en cela cette convention est différente de la cession que les héritiers feroient à un tiers de leur droit en la communauté; ils feroient en ce cas tenus des dettes de la communauté envers les créanciers, sauf leur recours contre leur cessionnaire, qui doit les en acquitter. La raison de différence, est que les héritiers de la femme qui cedent à un tiers leur part en la communauté, doivent avoir acquis cette part pour pouvoir la lui céder; & comme ils ne peuvent avoir acquis cette part, que par une acceptation de la communauté, la cession qu'ils font de leur part à un tiers, renferme nécessairement une acceptation qu'ils font de la communauté, qui les oblige aux dettes de la communauté: au contraire les héritiers de la femme, auxquels le mari paye la somme portée par la convention, *pour tout droit de communauté*, n'ont aucune part dans la communauté; la femme céde par cette convention, en cas de dissolution de la communauté, par son prédécès, non la part que ses héritiers auront, mais celle qu'ils auroient pu y avoir, & à laquelle elle

renonce pour le prix porté par la convention.

459. Quelquefois ce n'est pas seulement aux héritiers de la femme, c'est à la femme elle-même qu'on assigne par le contrat une somme pour tout droit de communauté; dans le cas de cette convention, de quelque maniere qu'arrive la dissolution de communauté, il ne peut y avoir lieu à un partage de communauté; ni la femme, ni ses héritiers, n'ont pas droit de le demander; ils sont seulement créanciers de la somme portée par la convention; & ni le mari, ni ses héritiers, ne sont reçus pour s'en décharger, à offrir d'admettre la femme à un partage de la communauté. Arrêt du 15 Avril 1608, rapporté par Brodeau sur Louet, *lett.* M. *ch.* 4.

Au surplus tout ce que nous avons dit à l'égard de l'espece précédente, peut pareillement s'appliquer à celle-ci.

460. Il y a une troisieme espece de convention, par laquelle on convient que les héritiers du prédécédé n'auront pour tout droit de communauté qu'une telle somme, ce qui comprend aussi bien les héritiers du mari, si c'est lui qui prédécede, que ceux de la femme, lorsque c'est elle qui prédécede.

Observez une grande différence qui se rencontre dans cette espece & dans les précédentes; dans la premiere espece, quelque mauvaise que soit la communauté, lors de la dissolution, le mari ne peut se dispenser de payer aux héritiers de la femme, la somme convenue, franche & quitte des dettes de la communauté, dont le mari demeure seul chargé : les héritiers du mari contractent la même obligation dans la seconde espece; au contraire dans cette troisieme espece, la femme survivante peut bien, suivant la convention du contrat, retenir tous les biens de la communauté, lorsqu'elle la trouve avantageuse, en donnant aux héritiers du mari la somme portée par la convention; mais cette convention ne prive pas la femme du droit de renoncer à la communauté, lorsqu'elle la trouve mauvaise, & de laisser par sa rénonciation aux héritiers du mari les biens de la communauté avec toutes les charges. La raison de différence, est que le mari ne peut renoncer à sa communauté dont il est le chef; ses héritiers qui succedent à toutes ses obligations, ne le peuvent pas non plus : au contraire, la femme a tellement le droit de renoncer à la communauté, qu'elle ne peut même en être

privée par quelque convention que ce soit : ne devant pas être au pouvoir du mari d'engager les propres de sa femme, sans son consentement, en contractant des dettes durant la communauté, il doit toujours être au pouvoir de la femme de renoncer à la communauté pour s'en décharger.

Dans l'espece de cette convention, lorsque la femme survivante juge à propos de renoncer à la communauté, la convention demeure sans effet ; les héritiers du mari ayant par la rénonciation de la femme tout le droit de la communauté en total, ne peuvent demander à la femme survivante la somme portée par la convention, qui ne leur est accordée qu'à la place, & pour leur tenir lieu du droit qu'ils peuvent prétendre à la communauté.

§. III.

De la Clause d'exclusion de Communauté.

461. On peut convenir par le contrat de mariage, qu'il n'y aura aucune communauté de biens entre les conjoints. L'effet de cette convention est, que ni la femme, ni les héritiers de la femme, ne peuvent prétendre aucune part, lors de la dissolution du mariage, dans les

biens, soit mobiliers, soit immobiliers que le mari a acquis durant le mariage, à quelque titre que ce soit; ni encore moins dans ceux qu'il avoit, lorsqu'il s'est marié.

Quand même les acquisitions que le mari a faites durant le mariage, auroient été faites des revenus des biens de la femme, dont le mari a droit de jouir; la femme & ses héritiers n'en seroient pas plus fondés à y prétendre part.

La femme & ses héritiers, en conséquence de cette convention, n'ayant aucune part dans les biens que le mari acquiert durant le mariage, ils ne sont pas tenus des dettes qu'il contracte; & si la femme s'y étoit obligée, elle en doit être indemnisée par son mari.

462. Le mari de son côté, n'a aucune part dans la propriété des biens de sa femme, mais il a le droit d'en jouir, *ad sustinenda onera matrimonii*; tant de ceux qu'elle a lors du mariage, que de ceux qu'elle acquiert depuis, à quelque titre que ce soit; car c'est une maxime dans nos pays coutumiers, que tous les biens d'une femme sont réputés dotaux.

Nous ne suivons pas à l'égard de cette jouissance, la disposition des Loix Romaines, qui accordoient au mari les fruits de la dot, *au proratâ* du temps

qu'avoit duré le mariage; le mari, en cas d'exclusion de communauté, a droit de percevoir à son profit tous les fruits, tant civils que naturels, qui se perçoivent ou naissent durant le temps du mariage, pour se récompenser des charges du mariage qu'il supporte; de même que, lorsqu'il y a communauté, ces fruits appartiennent à la communauté pour la dédommager des charges du mariage, qui sont à la charge de la communauté, lorsqu'il y en a une.

463. Le mari dans le cas de cette convention, n'ayant que le droit de jouir des biens de la femme durant le mariage, il doit, lors de la dissolution du mariage, rendre à la femme ou à ses héritiers, tous les biens que sa femme lui a apportés, soit en se mariant, soit durant le mariage.

La femme peut quelquefois en poursuivre la restitution durant le mariage, lorsqu'elle peut établir que les mauvaises affaires du mari mettent sa dot en péril.

§. IV.

De la séparation contractuelle.

464. On peut convenir par un contrat de mariage, que non-seulement il n'y aura pas de communauté de biens entre les conjoints, mais que chacun d'eux jouira séparément de ses biens. On ap-

pelle cette convention, *séparation contractuelle*; elle a cela de plus que la simple exclusion de communauté, qu'elle prive le mari de la jouissance des biens de la femme.

La femme par cette séparation contractuelle, a bien le droit de recevoir les revenus de ses biens; d'en faire de simples baux à loyer ou à ferme, & généralement de faire tous les actes d'une simple administration, sans avoir besoin pour tous ces actes, de l'autorisation de son mari, comme nous l'avons vu dans notre Traité de la Puissance maritale; mais comme cette séparation contractuelle ne la soustrait pas à la puissance de son mari, elle ne peut aliéner ses immeubles, ni même recevoir le rachat de ses rentes, sans être autorisée par son mari ou par Justice; le mari peut même arrêter les deniers du rachat, jusqu'à ce qu'il en soit fait emploi pour sureté des charges du mariage, auxquelles elle est obligée de contribuer.

Si la femme qui, en conséquence d'une séparation contractuelle, jouit séparément de ses biens, refusoit de contribuer aux charges du mariage; le mari pourroit la faire condamner à y contribuer : le Juge doit en ce cas, régler la pension que cette femme doit payer à

ſon mari avec qui elle demeure, à une ſomme, eu égard à ſes facultés & à ſa qualité; il doit pareillement régler la ſomme pour laquelle elle doit contribuer aux aliments & à l'éducation des enfants communs.

465. En cela, la ſéparation contractuelle convient avec celle qui intervient durant le mariage par une ſentence du Juge; elle en diffère, en ce que, lorſque la ſéparation eſt intervenue durant le mariage, les conjoints peuvent d'un commun conſentement, quand bon leur ſemble, ſe déſiſter de la ſentence, & ſe remettre en communauté comme auparavant la ſentence; au contraire la ſéparation contractuelle eſt irrévocable, comme le ſont toutes les conventions des contrats de mariage; & les conjoints ne peuvent durant le mariage au préjudice de cette convention, établir une communauté : c'eſt ce qui a été jugé par des Arrêts rapportés par Louet.

§. V.

D'une autre eſpece de Convention.

466. La femme pouvant valablement convenir qu'elle jouira ſéparément de tous ſes biens, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent; il s'enſuit qu'elle peut pareillement convenir valablement, qu'elle jouira ſéparément d'un

certain héritage, des revenus duquel elle pourra diſpoſer à ſon gré pendant tout le temps que le mariage durera, & établir au ſurplus une communauté de biens avec ſon futur époux : c'eſt une conſéquence de ce principe, que *qui peut le plus, peut le moins.*

Les acquiſitions que la femme auroit faites en ce cas durant le mariage, qui ſeroient provenues de ſes épargnes ſur leſdits revenus, doivent-elles tomber en communauté ? Borjon décide pour l'affirmative. J'y trouve de la difficulté : car la femme s'étant réſervé par cette convention tous les revenus de cet heritage, qui ſeroient à percevoir pendant tout le temps que dureroit le mariage ; ces revenus ſont pour elle des propres : or tout ce qui provient des propres ſans en être un fruit, ne tombe pas en communauté, *ſup. n.* 96 ; mais au moins, pour que ces acquiſitions ſoient propres, il ne ſuffit pas qu'il ſoit dit par le contrat, qu'elles ſont faites des deniers provenus deſdits revenus, ſi cela n'eſt bien juſtifié ; autrement le mari auroit une voie ouverte d'avantager ſa femme, en faiſant paſſer ſous ſon nom toutes les acquiſitions qui ſe feroient durant le mariage.

Fin du Tome premier.

00079359

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 25 June, 2016